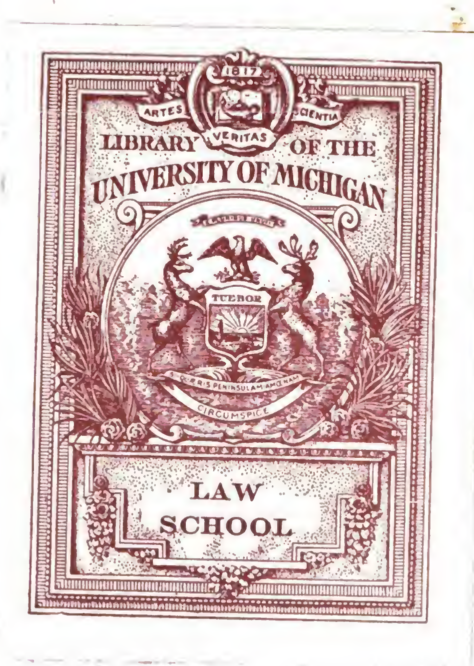



1817
ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
CIRCUMSPICE
LAW
SCHOOL



Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. v. Kübel

und

Dr. E. O. C. v. Sarwey.

Dreizehnter Band.

Stuttgart, 1870.
Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.
In Kommission bei H. Lindemann.



Inhaltsübersicht

des dreizehnten Bandes.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Fragmente.

Civilrecht.

Handelsrecht.

Wechselrecht.

Versicherungsrecht.

Versicherungsrecht.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Ueber die Frage, ob beim Wiederangriff eines Verganteten, welchem die Rechtswohlthat des Nothbedarfs zusteht, die neuen Schulden von dem Aktivvermögen abgezogen werden dürfen?

(Von Herrn Kreisgerichtsrath Lang in Rottweil.)

Die Klagen auf Nachzahlung von im Gant durchgefallenen Forderungen aus dem Grunde, weil der Schuldner wieder neues Vermögen erworben habe, werden in neuester Zeit immer häufiger und es wird dadurch wohl gerechtfertigt sein, die obige Frage einer genaueren Prüfung zu unterwerfen.

I. Das beneficium competentiae des römischen Rechtes hatte bei seiner Entstehung zunächst den Sinn und Zweck, daß die Verurtheilung des Schuldners nicht den wirklichen Bestand seines Vermögens übersteigen durfte, was namentlich wegen der Personalexekution (Schuldknechtschaft) von großem Werthe war. [1] Dieß hatte sodann wegen der konsumirenden Wirkung der Litiskontestation die Folge, daß der Gläubiger mit der Mehrforderung ausgeschlossen, der Schuldner für die Zukunft ganz liberirt wurde und nur in zwei Fällen, bei der actio pro socio und actio ex stip. de dote Kaution für die

[1] Siehe Franke im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XXIII, S. 401 ff., besonders S. 412.

Nachzahlung bei neuem Erwerb verlangt werden konnte, — l. 63. §. 4, D. pro socio (17, 2), cst. un. §. 7, Cod. de rei ux. act. (5, 13). — Wenn nun der Schuldner noch anderweitige Schulden hatte, so unterscheidet das römische Recht zwischen solchen Schulden, bezüglich welcher ihm die nämliche Rechtswohlthat zusteht, — l. 3, D. quod cum eo (14, 5); l. 19, pr., §. 1, D. de re jud. (42, 1) — und zwischen andern Schulden, gegen welche der Gläubiger sie nicht hat, — vergl. weiter l. 16, l. 49, D. de re jud. (42, 1); l. 63, §. 3, D. pro socio (17, 2). — In Bezug auf die ersteren setzte das römische Recht fest, daß hier zunächst der bevorzugte Gläubiger, unter gleich Berechtigten aber Derjenige, welcher zuvorkomme, zu befriedigen sei, — l. 3, D. quod cum eo (14, 5); l. 19, pr., §. 1, D. de re jud. (42, 1), — wornach die Konsequenz die ist, daß, wenn nach Befriedigung eines solchen Gläubigers der Schuldner kein weiteres zureichendes Vermögen mehr hat, den später kommenden Gläubigern die Einrede des Nothbedarfes entgegengehalten werden kann, ebendeßwegen aber der Schuldner der Klage auch nicht entgegenhalten darf, daß er noch andere Schulden dieser Art habe. —

Bezüglich der zweiten Kategorie von Schulden aber sprach das römische Recht im Allgemeinen die Regel aus, daß solche nicht abgezogen werden dürfen, — l. 16, 19, §. 1, D. de red. jud. (42, 1); l. 63, §. 3, D. pro socio (17, 2); l. 49—50, D. de re jud. (42, 1); l. 12, D. de donationibus (39, 5) — machte jedoch hievon folgende Ausnahmen:

a) beim Schenker, — l. 19, §. 1, l. 49, D. de re jud. (42, 1), l. 12, D. de donationibus (39, 5);

b) beim Haussohn, welcher nach der Emanzipation oder dem Tode seines Vaters wegen Schulden, die er unter väterlicher Gewalt kontrahirt hatte, belangt wird und weniger als dieß von seinem Vater erhalten hatte, betreffs der nach der Emanzipation (beziehungsweise dem Tode

des Vaters) neu kontrahirten Schulden — l. 3, D. quod cum eo (14, 5) —; [2]

c) beim Gesellschafter, wenn die Schuld aus der Gesellschaft selbst herrührte — l. 63, §. 3, D. pro socio (17, 2) —;

d) wenn das Versprechen der Leistung schon unter dem Vorbehalt der Fähigkeit hiezu gemacht worden war — l. 49, D. de pactis (2, 14); — es wird hier im Zweifel angenommen, daß der Versprechende die übrigen Schulden abziehen dürfe und dann doch noch im Stande sein müsse, zu bezahlen — l. 125, D. de V. S. (50, 16). — [3]

Eine fünfte Ausnahme wollen Einige [4] bei privilegirten Schulden machen, allein dieß ist nicht richtig, sondern bezieht sich nur auf die andere Art von Schulden, bezüglich deren dem Schuldner die Einrede der Rechtswohlthat gleichfalls entgegensteht, (s. oben).

Nun kam jedoch allmählig eine weitere Milderung des strengen Rechtes. Es konnte ein Schenker bis zum Betrage seines Vermögens verurtheilt sein, allein bei der Exekution wurde ihm dennoch nicht Alles entzogen, sondern so viel belassen, daß er nicht darbe (ne egeat) — l. 19, §. 1, D. de re jud. (42, 1). — Auch für denjenigen, welcher seine Güter abgetreten und demgemäß diese Rechtswohlthat hatte — §. 40, J. de act. (4, 6); l. 3—4, D. de cess. bon. (42, 3), — wurde eingeführt, daß ihm das Nothdürftige belassen werden müsse — l. 6, D. de cess. bon. (42, 3) — und dieß schließlich auf alle Diejenigen ausgedehnt, welchen diese Rechtswohlthat überhaupt zusteht — l. 173, pr. D. de Reg. Jur. (50, 17). —

Darüber, daß dieß der Gang der historischen

---

[2] **Sintenis**, Civilrecht Bd. II, S. 162; **Unterholzner**, Schuldverhältnisse Bd. I, S. 388.

[3] **Unterholzner** a. a. O.

[4] **Unterholzner**, Schuldverh., Bd. I, S. 387; **Holzschuher**, Theorie Bd. II, 2 S. 207.

Entwicklung war, sind beinahe alle Rechtslehrer einig,[5] bestritten blieb nur das, ob auch jetzt noch praktisch ein doppeltes beneficium competentiae anzunehmen sei, nämlich einmal dahin, daß der Schuldner nur bis zum Betrage seines Vermögens verurtheilt werden könne und sodann dahin, daß ihm bei der Exekution nicht einmal alles Dieses genommen werden dürfe, sondern so viel belassen werden müsse, als er zum nothdürftigen Lebensunterhalt bedürfe,[6] oder ob dieß nur historische Bedeutung habe, das zweite Recht aus dem ersten hervorgewachsen sei, dagegen die Form und den Namen des ersteren angenommen habe.[7] Letztere Ansicht ist wohl die richtigere. Man kann dahingestellt sein lassen, ob dieß schon der Standpunkt des justinianischen Rechtes gewesen sei, — die l. 30, D. de re jud. (42, 1) spricht dafür, da nach ihr das Moment des Belassens des Nothwendigen schon bei der condemnatio zu berücksichtigen war,[8] — jedenfalls aber ist es dieß nach jetzigem Rechte, wie sich das Institut durch die verschiedene Natur unseres Civilprozesses gegenüber dem römischen Civilprozeß und durch jahrhundertelange Praxis gestaltet hat, denn es wird nie mehr ein Schuldner bloß in soweit zur Zahlung verurtheilt, als er Vermögen hat.[9] Die strenge Konsequenz dieses Satzes wäre dann aber auch die, daß die Einrede der Rechtswohlthat bei sonst unbe-

---

[5] vgl. v. Vangerow Pand. Bd. I, §. 174; Mühlenbruch, Pand. §. 154, Note 2; Sintenis, Civilrecht Bd. II, S. 161; Franke im Archiv für civilist. Praxis Bd. XXIII, S. 388 ff.; Arndts, Pand. §. 225; Windscheid, Pand. Bd. II, §. 267.

[6] Wie Schömann, Handbuch, Bd. II, S. 63 ff.; Zimmern, röm. Prozeß, §. 141, Note 2 und v. Vangerow in den früheren Auflagen seiner Pandekten Bd. I, §. 174 annehmen.

[7] Wie dieß die übrigen in der Note 4 Genannten und jetzt auch v. Vangerow in der 6. Aufl. seiner Pandekten behaupten.

[8] Franke, a. a. O. S. 395, 396.

[9] Sintenis, a. a. O. S. 162, Note 48 am Ende; württemb. Landrecht, Thl. I, Tit. 76, §. 7 a. E.

strittenen oder rechtskräftig zuerkannten Forderungen in die Exekutionsinstanz gehören würde oder hier wenigstens immer noch zulässig wäre, wie dieß auch von Verschiedenen [10] behauptet wird. Allein unsere Praxis gelangte hier und zwar speziell bei der Klage auf Nachzahlung einer im Gante durchgefallenen Forderung zu einer andern Ansicht und zwar wohl aus folgendem Grunde.

Nach römischem Rechte stand die Rechtswohlthat des Nothbedarfs demjenigen, welcher seine Güter abgetreten hatte, sofort ipso jure zu, — §. 40, J. de act. (4, 6); l. 4—7 D. de cess. bon. (42, 3). — Bei uns aber kommt diese Güterabtretung fast nie mehr vor, sondern es ist die Erkennung des Gantes die Regel und ein Gantmann als solcher hat diese Rechtswohlthat noch nicht von selbst, [11] sondern er kann (wie hierüber Theorie und Praxis längst vollkommen einig sind) sie nur anrufen, wenn er beweist, daß er unverschuldet in Vermögenszerfall gekommen sei. — Wenn also ein durchgefallener Gläubiger später auf Bezahlung klagt, so muß der Beklagte verurtheilt werden, wenn er diese Einrede nicht entgegensetzt oder ihre Voraussetzung nicht zu beweisen vermag. [12] Es besteht demnach fast in allen Fällen, in welchen ein wieder angegriffener Gantmann diese Rechtswohlthat für sich in Anspruch nimmt, schon darüber ein Rechtsstreit, ob ihm solche überhaupt zustehe, und so bildete sich daher die Praxis dahin aus, daß die Frage überhaupt, ob ein Gantmann wieder angegriffen werden könne, sei es nun, weil ihm die Rechtswohlthat gar nicht zustehe, sei es, weil er

---

[10] Z. B. Sintenis, Civilrecht, Bd. II, S. 161, Note 48, Ziff. 4; Seuffert, Pand. §. 251; Wächter, württ. Privatr. Bd. II, S. 489 und 808, Note 11; Seuffert, Archiv, Bd. XVI, Nr. 170.

[11] Vgl. auch württ. Archiv Bd. XII, S. 404.

[12] vgl. z. B. Seuffert, Archiv Bd. VII, Nro. 265, Bd. XIV, Nro. 88; Sarwey, Monatschrift Bd. XV, S. 86, Bd. XVIII, S. 347 u. ff. und die hier Angeführten; württ. Archiv, Bd. IX, S. 450.

bereits mehr als das Nothdürftige wieder erworben habe, nicht in der Exekutionsinstanz, sondern nur durch gerichtliches Erkenntniß entschieden werden könne [13] und es hat diese Praxis der Gerichte auch im Art. 51 des Gesetzes vom 21. Mai 1828, sowie im Art. 4 des Gesetzes vom 12. Nov. 1855 ihre gesetzliche Stütze.

II. Nachdem nunmehr der historische Gang der Entwickelung dieses Rechtsinstituts geschildert wurde, ist die Frage zu erörtern, was von den Eingangs angeführten Vorschriften des römischen Rechtes noch praktisch sei, insbesondere ob die Regel, daß die übrigen gemeinen Schulden (denen nicht gleichfalls die Einrede der Kompetenz entgegensteht) bei der Bemessung des „id quod debitor facere potest" nicht abgezogen werden dürfen, auch bei der veränderten Gestaltung dieses Rechtsinstitutes noch praktisch sei und diese letztere Frage ist zu verneinen.

Alle diejenigen Stellen, welche den Abzug der Schulden nicht gestatten, beziehen sich auf die ältere condemnatio in id, quod debitor facere potest, wobei der Gläubiger mit seiner Mehrforderung rechtskräftig und endgültig abgewiesen wurde (vgl. die Eingangs angeführten Stellen), während bei der späteren Erweiterung der Rechtswohlthat dahin, daß nicht Alles, was der Schuldner besitzt, und zu dessen Bezahlung er also verurtheilt wurde, ihm exekutionsweise abgenommen werden dürfe, sondern ihm so viel belassen werden müsse, damit er nicht darbe, jene Vorschrift des Nichtabzuges der Schulden nicht wiederholt ist — vgl. l. 19, §. 1, D. de re jud. (42, 1), l. 6, D. de cess. bon. (42, 3), l. 173, pr. D. de Reg. Jur. (50, 17), — ja mit ihr gar nicht vereinbar ist.

Bei demjenigen Gläubiger, dessen Forderung (nach älterem Rechte) insoweit aberkannt wurde, als der Schuld-

---

[13] vgl. Seuffert, Archiv, Bd. VI, Nro. 127; Sarwey, Monatschrift, Bd. II, S. 492 ff., Bd. XV, S. 84—85, Bd. XVIII, S. 353 ff.; württ. Archiv Bd. VIII, S. 142.

ner sie nicht bezahlen konnte, war der Grundsatz natürlich und erklärlich, daß man das Brutto- und nicht das Netto-Vermögen zu Grunde legte, denn andernfalls wäre ja der Gläubiger abgewiesen worden, während das vorhandene Vermögen doch nicht dem Schuldner selbst, sondern nur andern Gläubigern zu gut gekommen wäre; auch sollte der Schuldner nur gegenüber diesem Gläubiger, nicht auch gegenüber von andern Gläubigern (denen er die Rechtswohlthat nicht entgegensetzen durfte) die Befreiung von der Personalhaft haben.[14]

Wenn nun aber das spätere römische Recht die Rechtswohlthat dahin erweiterte, daß dem Schuldner nicht Alles genommen werden dürfe, sondern ihm das Nothdürftige belassen werden müsse, so ist hiemit die Fiktion, daß er Vermögen habe, während er doch in Wirklichkeit keines besitzt, im direktesten Widerspruch. — Dem Schuldner ist damit nicht geholfen, daß man sagt, er habe ja ein Brutto-Vermögen und die Schulden nicht beachtet; um das, was die Vorschrift des römischen Rechtes will, (daß nämlich dem Schuldner so viel bleibe „ne egeat") praktisch zu erreichen, muß man nothwendig nicht das Brutto-, sondern das Netto-Vermögen berechnen. Ueberhaupt ist aus den Quellen selbst ersichtlich, daß die Kompilatoren alle in Bezug auf diese Rechtswohlthat vorkommenden Stellen ohne Ausscheidung und ohne Berichtigung der Widersprüche unterschiedslos aufnahmen (wie sie denn z. B. trotz der oben unter I b—d) aufgeführten Ausdehnungen des Rechtes zum Abzuge der neuen Schulden doch noch diejenigen Stellen unverändert aufnahmen, in welchen vom Schenker gesagt ist, daß „is solus deducto aere alieno" diese Rechtswohlthat habe) und es ist also das Resultat das, daß wir in den Pandekten zwei verschiedene Gestaltungen dieses Rechtsinstitutes, eine ältere und eine neuere haben, und daß hievon die äl-

[14] Franke, a. a. O. S. 414.

tere, mit ihr aber auch das nur auf sie bezügliche Verbot des Abzuges anderer Schulden, bloß historischen Werth hat, wie dieß überhaupt mit manchen Stellen des Corpus Juris der Fall ist.[15]

III. Sollte aber hieran je noch Etwas zweifelhaft sein, so ist doch jedenfalls bei dem Gantmann, welcher wieder einiges Vermögen erworben hat, das Verbot des Abzuges der (neuen) Schulden unanwendbar.

Schon oben wurde als eine der Ausnahmen von diesem Verbote der Fall bezeichnet, wenn ein Haussohn nach der Emanzipation oder nach seines Vaters Tode von Gläubigern wegen früherer Schulden belangt wird und inzwischen neue Verbindlichkeiten eingegangen hatte. Diesem Falle ist der eines solchen Gantmannes ganz gleich. Beiden Fällen ist gegenüber den andern Fällen der Rechtswohlthat das gemeinsam, daß hier nicht schon bei Entstehung der Schuld, gegen welche die Rechtswohlthat angerufen wird, auch schon andere Forderungen von Dritten konkurriren, sondern daß erst später, nachdem jene Schuld bereits bestand, der Schuldner mit Andern in neue weitere Rechtsverhältnisse trat, Rechte erwarb und Verbindlichkeiten unterworfen wurde. Es ist daher ganz begründet,[16] dem Gantmanne dasselbe Recht einzuräumen, wie dem Haussohn. Man kann dieß auch nicht als eine unzulässige Ausdehnung eines singulären Rechtes ansehen; man kann hier nicht einmal genau sagen, was Regel und was Ausnahme ist — vergl. z. B. l. 49, D. de re jud. (42, 1) es ist vielmehr eher die unnatürliche Fiktion, daß der Schuldner Vermögen habe, während er doch in Wirklichkeit keines hat, das singuläre und daher beschränkt auszulegende Recht.

Ferner ist nunmehr allgemein anerkannt, daß, wenn Jemand zum zweitenmale in Gant kommt und an sich die

---

[15] vgl. Mühlenbruch, Pand. §. 11, zu Note 22 und 23 a.
[16] vgl. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. I, S. 388.

Rechtswohlthat des Nothbedarfs anzusprechen hat, bei Konkurrenz von alten und neuen Gläubigern jeder derselben an der ihm gebührenden Stelle lozirt wird, daß dann aber den alten Gläubigern so viel, als der Gantmann zum Nothbedarf anzusprechen hat, an ihrer Stelle genommen und dem Schuldner belassen wird.[17] Die wörtliche Anwendung des Verbotes, die Schulden abzuziehen, würde aber hier zu dem Resultate führen, daß der Gemeinschuldner die Rechtswohlthat gar nicht hätte. Denn gegenüber den neueren Gläubigern hat er sie selbstverständlich gar nicht, die älteren aber würden ihm replicando entgegenhalten, er habe ja anderes Vermögen, von welchem er seine neuen Schulden nicht abziehen dürfe und ob diese neuen Schulden die Wirkung haben, daß ihm Nichts mehr bleibe, sei auch gleichgiltig, da ja dieß überhaupt und namentlich dann, wenn die neuen Schulden Pfandschulden und also beim Angriff der verpfändeten Güter von Amtswegen zu berücksichtigen seien, als Folge vorauszusehen sei. — Es ist demnach durch diese Behandlung der Gantsachen anerkannt, daß ein Verbot, die neuen Schulden abzuziehen, hier nicht existirt. Ist dieß nun aber in einem zweiten Gante der Fall, so kann offenbar der zufällige Umstand, ob auch die neuen Gläubiger zugleich klagend auftreten und so einen Gant herbeiführen, oder ob die neuen Gläubiger nicht andringen und so auf die Klage des einzigen alten Gläubigers hin kein Gant eingeleitet wird, rechtlich keinen Unterschied machen. Daß die neuen Schulden gleichfalls bezahlt werden müssen, ist ja auch rechtlich gewiß und es darf die größere Milde der neuen Gläubiger dem Schuldner doch sicher nicht größeren Nachtheil bringen, als wenn sie strenger sind und auch zugleich klagen.

[17] vgl. z. B. Thibaut, civil. Abh. S. 358; Volley, Komm. Bd. II, S. 820; derselbe, Entwürfe und Anträge Bd. II, S. 241; Schweppe, Konkurs, §. 153; Sarwey, Monatschrift, Bd. XVIII, S. 345; Seuffert, Archiv, Bd. III, Nro. 253.

IV. Was nun die Praxis betrifft, so enthalten die schon oben aus Seuffert's Archiv, Sarwey's Monatschrift und dem württ. Archiv angeführten Präjudizien, namentlich der württembergischen Gerichte, keine direkte Entscheidung dieser Frage. Dagegen hat der Gerichtshof zu E. seit einer Reihe von Jahren (vgl. z. B. Entscheidungen vom 7. Mai 1861, 9. Okt. 1861, 3. Jan. 1864, 21. Nov. 1865) die Thesis festgehalten, daß solche neue Schulden von dem Aktivvermögen abgezogen werden dürfen, welche mit der Erwerbung des neuen Vermögens unzertrennlich verbunden waren (wie wenn z. B. ein Gantmann später wieder ein Haus und ein Gütchen kauft, den Kaufschilling aber gegen unterpfändliche Sicherheit schuldig bleibt oder nur durch ein neu aufgenommenes Darlehen abzahlt, oder wenn ein Verganteter eine mit Schulden belastete Erbschaft macht und bei der Verweisung auch die Schulden, z. B. Pfandschulden, auf der geerbten Liegenschaft mit übernehmen mußte), eine Thesis, welche der oben unter III ausgeführten nahe steht und in weitaus den meisten Fällen auch praktisch die gleiche Wirkung hat. Zur Begründung dieser Ansicht wurde ausgeführt, schon das römische Recht habe eine Reihe Ausnahmen von dem Grundsatz, daß die Schulden nicht abgezogen werden dürfen, gemacht und sicher sei diesen Ausnahmen auch die weitere beizufügen, wenn die Kontrahirung der Schuld eine nothwendige Bedingung der Erwerbung des neuen Vermögens gewesen, die Schuld also von dem Vermögen unzertrennlich sei. Gerade hier sei die Fiktion, daß das Aktivvermögen ein reines sei, eine ganz ungerechtfertigte und dem Sinne und Prinzip dieser Rechtswohlthat widersprechende Härte. Diese Rechtswohlthat wolle ja dem Schuldner möglich machen, sich wieder zu erholen, wieder zu besseren Kräften zu kommen, ohne daß die alten Gläubiger ihm sofort wieder jeden unbedeutenden und bloß nothdürftigen Erwerb wieder wegnehmen dürften. Es würde aber dem Schuldner der besonders geeignete

Weg, durch fremde Hilfe, durch Kredit, wieder zu besseren Kräften zu kommen, ganz abgeschnitten, wenn die alten Gläubiger diese fremde Hilfe, das mittelst ihrer Erworbene sofort wieder für sich in Anspruch nehmen könnten. Streng genommen liege hier sogar nicht einmal eine Ausnahme von dem Grundsatze des römischen Rechtes vor; denn wenn Jemand nach seinem Gante nur durch Kontrahirung neuer Verbindlichkeiten ein Besitzthum erworben habe (siehe die obigen Beispiele) und diese Schulden noch bestehen, so könne man eben nicht sagen, daß er einen neuen Erwerb gemacht, daß er zu besseren Kräften gekommen sei, vielmehr sei eben noch kein wahrer neuer Besitz, keine wirkliche Verbesserung seiner Lage eingetreten.

Sollte nun je die oben unter II—III ausgeführte Ansicht als nach dem Stande unseres positiven Rechtes bedenklich erscheinen, so wird es gewiß gerechtfertigt sein, wenn die Praxis mindestens dieser letzteren Ansicht folgt und hiedurch die öfters hervorgehobene unbillige Härte der gewöhnlichen Lehre beseitigt.

Klage des Inhabers eines Interimsscheines auf Herausgabe der Gesellschafts-Aktie.

Rechtsfall.

(Mitgetheilt von Herrn Obertribunalrath Hörner.)

Im Monat Mai des Jahres 1856 erschien eine Einladung zur Betheiligung an einer zu errichtenden Kammgarnspinnerei bei B. a. E. — Es wird in derselben zunächst ausgeführt, daß dieses Projekt neben der Erreichung patriotischer Zwecke einen guten ökonomischen Erfolg in sichere Aussicht stelle. Sodann wird das erforderliche Kapital auf 1,000,000 fl. festgesetzt und fortgefahren, das

berechnete Kapital solle durch 1000 Aktien à 1000 fl. zusammengebracht werden. Wenn $^3/_4$ der Aktien gezeichnet seien, werde die Gesellschaft als konstituirt erklärt. Die Zeichnungen, welche bei der württembergischen Hofbank geschehen können, schließen die Anerkennung der bei der K. Regierung liegenden Statuten, wie solche von derselben genehmigt werden, in sich. An jeder Aktie seien bei der Zeichnung 10 % baar einzuzahlen und der Rest in Raten von gleicher Größe nach den 4 Wochen vorher in öffentlichen Blättern gemachten Ausschreibungen des Verwaltungsrathes, welche muthmaßlich von 6 zu 6 Wochen erfolgen werden, so daß der ganze Betrag etwa innerhalb eines Jahres einzuzahlen wäre. — Die Aktien werden auf den Inhaber gestellt, können aber auch auf den Namen umgeändert werden. Für die Einzahlungen werden 5 % Zinse vergütet und diese auf die letzte Rate verrechnet, die Leitung des Geschäftes werde Fabrikant D., unter Mitwirkung eines Technikers, übernehmen. Unterzeichnet ist die Einladung: „Der Verwaltungsrath“. (folgen die Namen.) Dieser Einladung war ein Subskriptionsbogen beigelegt, der also lautete:

„Betheiligung

bei der Kammgarnspinnerei B., Kapital 1,000,000 fl., bestehend in 1000 Aktien zu 1000 fl. Auf Grundlage der gedruckten Gesellschaftsstatuten einschließlich derjenigen Veränderungen, welche die K. Staatsregierung als Bedingung der für die Gesellschaft nachgesuchten juristischen Persönlichkeit im Interesse der Gesellschaft etwa bezeichnen und der Verwaltungsrath annehmen wird, sowie auf Grundlage der Subskriptionsbedingungen in dem Einladungsprogramm vom Mai 1856 betheiligt sich der Unterzeichnete mit

Aktien à 1000 fl. . . . .“

Gleichzeitig mit der Einladung wurden auch die Statuten der Gesellschaft ausgegeben, die heute noch, soweit sie im vorliegenden Rechtsstreite zur Sprache kommen, in Giltig-

keit sind. Die im gegenwärtigen Rechtsstreite maßgebenden Paragraphen enthalten aber nachstehende Bestimmungen:

§. 5. Sobald $^3/_4$ des Grundkapitals gezeichnet sind, gilt die Gesellschaft als konstituirt.

§. 6. Die Einzahlungen auf die Aktien sind an dasjenige Haus zu machen, bei welchem die Zeichnung erfolgt ist.

§. 9. Die Aktionäre erhalten ihre Interimsscheine bei der ersten Einzahlung unterzeichnet von dem Vorstande und einem weiteren Mitgliede des Verwaltungsrathes, sowie von demjenigen Hause, bei welchem die Zeichnung und Einzahlung erfolgt ist. Auf diesen Interimsscheinen werden die späteren Einzahlungen lediglich von dem betreffenden Hause bescheinigt.

§. 10. Bei der letzten Einzahlung wird gegen Rückgabe des Interimsscheines die definitive Aktie ausgehändigt, welche von dem Vorstande und einem weiteren Mitgliede des Verwaltungsrathes, sowie von dem Direktor unterzeichnet ist.

§. 11. Ueber die Aktien und bis zu deren Ausgabe über die dieselben vertretenden Interimsscheine wird ein Grundbuch mit fortlaufenden Nummern geführt. Beide, sowohl die Interimsscheine als die Aktien, werden auf den Inhaber (au porteur) gestellt.

§. 13. Der bloße Erwerb und Besitz eines Interimsscheines resp. einer Aktie schließt die Anerkennung gegenwärtiger Statuten und alles dessen in sich, was auf den Grund und in Gemäßheit dieser Statuten geschieht.

§. 14. Jede Aktie und bis zu deren Ausgabe jeder Interimsschein gewährt einen verhältnißmäßigen Antheil an dem Eigenthum und dem Reingewinne der Gesellschaft.

§. 19. Die Organe der Gesellschaft sind:

A. Die Generalversammlung.
B. Der Verwaltungsrath.
C. Der Direktor.

§. 21. Die Generalversammlung wird regelmäßig Einmal jährlich und zwar zwischen dem 15. August und 15. September, das erstemal aber Ein Jahr nach Eröffnung des Geschäftsbetriebes abgehalten.

Außerordentliche Generalversammlungen beruft der Verwaltungsrath nach seinem Ermessen.

§. 23. Die Aktionäre, welche an der Generalversammlung Theil nehmen wollen, haben ihre Berechtigung dazu durch Vorzeigung der Original-Aktie resp. des Interimsscheines nachzuweisen.

§. 27. Der Verwaltungsrath vertritt die Gesellschaft nach Innen und Außen, vor Gerichten und Privaten, und er ist überhaupt das Vollziehungsorgan der Generalversammlung.

Er besteht aus 9 Aktionären, welche erstmals nach Ablauf von 5 Jahren (§. 48) durch die Generalversammlung gewählt werden.

§ 31. Zur Giltigkeit eines Beschlusses ist die Anwesenheit von 5 Mitgliedern, eingerechnet der Vorstand oder dessen Stellvertreter, erforderlich.

§. 32. Die Wahlen und Entscheidungen der Generalversammlung enthalten zugleich die Ertheilung der General- und Spezialvollmacht an den Verwaltungsrath, die Beschlüsse der Generalversammlung zu vollziehen, über Alles, was das Interesse der Gesellschaft betrifft, Vorkehrung zu treffen, Verträge abzuschließen, sich zu vergleichen, zu kompromittiren und zu substituiren.

Zum Wirkungskreise des Verwaltungsrathes gehört insbesondere:

i) die Ermächtigung des Direktors zu Prozessen und zu Vergleichen.

§. 33. Ueber alle Verhandlungen und Beschlüsse des Verwaltungsrathes wird ein von dem Vorstande und dem Schriftführer zu beglaubigendes Protokoll geführt.

In seinem schriftlichen Verkehre nach Außen handelt der Verwaltungsrath unter der Unterschrift seines Vor-

standes oder dessen Stellvertreters und mindestens zweier seiner Mitglieder. Ausfertigungen, welche auf solche Weise vollzogen sind, genießen volle Giltigkeit.

Endlich

Transitorische Bestimmungen.

§. 48. Für die Dauer der ersten 5 Jahre vom Datum der landesherrlichen Genehmigung der Statuten an gerechnet, besteht der Verwaltungsrath aus 9 Mitgliedern:

(Es folgen die Namen derselben 9 Männer, welche die Einladung unterzeichnet haben.)

Im Falle des Ablebens oder Austrittes Eines dieser Mitglieder des Verwaltungsrathes während der ersten 5 Jahre kann sich derselbe aus den Aktionären selbst ergänzen.

§. 49. Der Verwaltungsrath ist ermächtigt:

1) diejenigen Abänderungen der Statuten oder Zusätze zu denselben Namens der Aktiengesellschaft zu genehmigen, welche die K. Staatsregierung als Bedingung ihrer Zulassung vorschreiben sollte und es sollen diese Abänderungen für sämmtliche Kontrahenten und Aktionäre eben so verbindlich sein, als wenn sie schon ursprünglich in die Statuten aufgenommen gewesen wären;
2) nach dem von ihm gutgeheißenen Plane die Gebäude, Anlagen und Einrichtungen der Spinnerei herstellen zu lassen und überhaupt sämmtliche Gesellschaftsbefugnisse sofort auszuüben.

Stuttgart, den 9. Mai 1856.

Von den 1000 Stück Interimsscheinen wurden an jedes der in der Einladung benannten Bankhäuser 250 Stücke zum Zwecke der Entgegennahme von Zeichnungen und Einzahlungen ausgefolgt, an das Bankhaus Gebr. B. die Nummern 201—300 und 701—850.

In der zweiten Hälfte des Monats Mai 1856 waren bereits sämmtliche Aktien gezeichnet. Die landesherrliche

Genehmigung der Statuten erfolgte am 10. Septbr. 1856. Die Thätigkeit des Verwaltungsrathes hatte übrigens schon im Mai 1856 begonnen. Derselbe sah sich veranlaßt, auf den 16. Oktober 1858 eine Generalversammlung einzuberufen. Hiebei kam unter Anderem zur Sprache, daß die bis jetzt unterbliebene Austheilung der Aktienscheine baldmöglichst werde vorgenommen werden. Dieß geschah jedoch erst im September 1859 laut Bekanntmachung des Verwaltungsrathes vom 12. August 1858, daß vom 8. September ab die definitiven Aktien sammt Coupons gegen Rückgabe der Interimsscheine bei denjenigen Bankhäusern, bei denen die betreffenden Zeichnungen und Einzahlungen gemacht worden seien, in Empfang genommen werden können.

Am 6. September 1859 bescheinen Gebr. B., die Aktien, 201—300 und 701—850 zur Vertheilung gegen die Interimsscheine empfangen zu haben. Zu einer Dividendenvertheilung kam es erstmals im Jahre 1865. Diese erste Dividende betrug 30 fl. — Seither kam jedes Jahr eine Dividende zur Vertheilung, über deren Größe kein Streit ist.

Die Interimsscheine Nr. 261—263 sind bei Gebr. B. durch F. G. in K. gezeichnet worden, welcher auch die erste Einzahlung auf dieselben machte. Die Nr. 263 trat F. G. an den jetzigen Kläger, Oberamtsarzt Dr. v. H. in K. ab. Dieser leistete die folgenden Einzahlungen und zwar die letzte am 22. Dezember 1858. Der Interimsschein lautet:

Nr. 263. Interimsschein

für eine Aktie

der Kammgarnspinnerei B.

von 1000 fl. Nominalbetrag, auf welche

100 fl. als erste Rate von 10% einbezahlt wurden. Nach Berichtigung der weiteren 90% in den unten verzeichneten Raten wird dem Inhaber die definitive Aktie ausgefolgt.

Dem Inhaber kommen die statutenmäßigen Rechte und Pflichten eines Theilhabers der Gesellschaft pro rata zu.

St. den 22. Mai 1866

Der Präsident des Verwaltungsrathes

Empfangen 100 fl. K., Vicepräsident.

Gebr. B. F. Ch.

Der Interimsschein enthält sodann weiter sämmtliche Bescheinigungen der ratenmäßigen Einzahlungen bis zur letzten.

Die Bescheinigung am Fuße des Interimsscheines:

„Gegen diesen Interimsschein wurde de Unterzeichneten die Aktie der Kammgarnspinnerei B. mit Nro. sammt den dazu gehörigen Coupons ausgefolgt.

Stuttgart, den 185 "

ist nicht ausgefüllt.

Der Kläger fand sich zur Generalversammlung vom Jahre 1858 nicht ein; auch gab er der Aufforderung vom 18. August 1859, die Aktie in Empfang zu nehmen, keine Folge. Auch von Seiten der Gebr. B. geschah Nichts, dem Kläger seine Aktie zuzustellen. Vielmehr verkauften sie dieselbe im Jahre 1863 an einen Dritten. Dagegen ist Kläger heute noch im Besitze seines Interimsscheines; Dividenden hat er bis jetzt nicht bezogen. Erst im Jahre 1865 that Kläger Schritte, seine Aktie ausgefolgt zu erhalten, sowohl bei Gebr. B. als bei der Aktiengesellschaft selbst. Da diese Bemühungen erfolglos blieben, erhob er Klage bei dem Handelsgericht Heilbronn gegen „den Verwaltungsrath der Kammgarnspinnerei B.", als denjenigen, mit welchem er die Eingehung eines Sozietätsverhältnisses kontrahirt, welcher ihm zu diesem Ende den Interimsschein ausgestellt und ihm die Weisung ertheilt habe, an Gebr. B. die Zahlungen zu leisten; der aber den Vertrag nicht erfüllt, indem er dem Kläger die Aktie nicht eingehändigt habe.

Die Klagbitte ging auf Herausgabe einer Aktie mit dem im vorigen Jahre verfallenen Dividendenbetrage, sowie dem Betrage der nächsten zur Vertheilung kommenden Dividenden.

Rechtsanwalt L. K., der Justitiar der Kammgarnspinnerei B., legte eine Vollmacht vor, unterzeichnet von dem Vorstande und 4 Mitgliedern des dermaligen Verwaltungsrathes der Spinnerei, und bat um Abweisung der Klage, weil der Verwaltungsrath nicht der rechte Beklagte sei.

Bei der mündlichen Verhandlung vom 6. Nov. 1866 erklärte der klägerische Anwalt, daß die Klage gegen die Aktiengesellschaft Kammgarnspinnerei B. gerichtet und der Verwaltungsrath nur darum als Beklagter benannt sei, weil ihm statutenmäßig die Vertretung der Beklagten im Rechtsstreite obliege. In dieser Erklärung fand der beklagte Anwalt eine Klageänderung und bat demgemäß um Abweisung der Klage.

Das Sitzungsprotokoll vom 6. Novbr. 1866 enthält zwar hierüber nichts. Doch ist diese Darstellung von klägerischer Seite nicht widersprochen worden. Dagegen gab der beklagte Anwalt nach dem Wortlaute des Protokolls, dessen Richtigkeit von ihm nicht beanstandet worden ist, auf Befragen von Seiten des Gerichtsvorstandes an, er wolle eventuell die Aktiengesellschaft vertreten und lasse sich eventuell auf die Klage ein, um deren Abweisung er bitte.

Das Handelsgericht Heilbronn ging davon aus, daß die Aktiengesellschaft selbst von Anfang an habe belangt werden wollen und fällte demgemäß ein der Klagebitte entsprechendes Erkenntniß in der Hauptsache und im Kostenpunkte.

Rechtsanwalt L. K. meldete gegen dieses Erkenntniß die Nichtigkeitsklage und Appellation an, erstere gestützt darauf, daß die Klage nicht wegen der vorliegenden Klageänderung, die zweite, daß sie nicht nach Art. 71 der Handelsgerichts-

ordnung abgewiesen worden sei. Bei der mündlichen Verhandlung erklärte derselbe, daß er sich auch jetzt noch nicht als den Vertreter der Aktiengesellschaft anzusehen vermöge; daß er es dem Urtheil des Gerichtes anheimgeben müsse, ob er als solcher gelten könne, und daß er sich darum auch nur eventuell auf die Klage selbst einlasse. Der Kläger bat um Verwerfung der Nichtigkeitsklage, sowie um Bestätigung des erstrichterlichen Urtheils.

Das K. Oberhandelsgericht verwarf durch Urtheil vom 8. Oktober 1867 die Nichtigkeitsklage und bestätigte das erstrichterliche Erkenntniß, aus folgenden Gründen:

I. Durch die Vollmacht, welche der Rechtsanwalt L. K., der Justitiar der Kammgarnspinnerei B., dem Handelsgerichte Heilbronn vorgelegt hat, ist derselbe als Vertreter der beklagten Aktiengesellschaft gehörig legitimirt. Zwar besagt der §. 32 der Gesellschaftsstatuten:

„Zum Wirkungskreise des Verwaltungsrathes gehört insbesondere:

i) die Ermächtigung des Direktors zu Prozessen und Vergleichen."

und es wird sich aus dieser Bestimmung ergeben, daß in der Regel die Prozeßvollmachten der Anwälte der Aktiengesellschaft vom Direktor ausgestellt werden, dem Prozeßgegner aber überlassen wird, den Nachweis der erfolgten Ermächtigung durch den Verwaltungsrath zu verlangen (cfr. §. 33 der Statuten). Allein wenn man erwägt, daß der §. 27 der Statuten bestimmt, der Verwaltungsrath habe die Gesellschaft nach Innen und Außen, vor Gericht und Privaten zu vertreten, der §. 31 aber: zur Giltigkeit eines Beschlusses des Verwaltungsrathes sei die Anwesenheit von 5 Mitgliedern, eingerechnet den Vorstand, erforderlich, ohne daß dabei der Nachweis der erfolgten Ladung sämmtlicher Mitglieder des Verwaltungsrathes erforderlich wäre; und daß endlich der §. 33 sagt: in seinem schrift-

lichen Verkehre nach Außen handle der Verwaltungsrath unter der Unterschrift seines Vorstandes und mindestens zweier seiner Mitglieder, so liegt kein Grund vor zu der Annahme, die Vollmacht müsse vom Direktor unterzeichnet sein und der Bevollmächtigungsakt könne nicht auch unmittelbar vom Verwaltungsrathe vollzogen werden.

Folgerichtig entspricht aber eine von dem Vorstande des Verwaltungsrathes und 4 Mitgliedern desselben unterzeichnete Prozeßvollmacht den Anforderungen des §. 33 der Statuten und enthält zudem noch den übrigens nach §. 33 nicht einmal gebotenen Nachweis, daß der Beschluß der Bevollmächtigung des Rechtsanwalts L. K. von der erforderlichen Anzahl Mitglieder des Verwaltungsrathes gefaßt worden ist.

Der Umstand, daß die Vollmacht von den 5 Verwaltungsrathsmitgliedern nicht unter der Firma der Aktiengesellschaft, sondern als Verwaltungsrath unterzeichnet ist, ändert hieran Nichts. Es ist dieß vielmehr korrekt, soferne nach dem Eintrag im Handelsregister die Firma nur von dem Direktor der Gesellschaft und den Prokuristen gezeichnet wird, der Verwaltungsrath mithin, wo er Namens der Gesellschaft selbstständig handelnd nach Außen auftritt (§. 33 der Statuten), sich auch als solcher zu erkennen geben muß. Daß aber der Verwaltungsrath im vorliegenden Rechtsstreite mit Umgehung des Direktors selbstständig handelnd aufgetreten ist, folgt aus der Natur des gegenwärtigen Streites, der nicht aus der Geschäftsführung des Direktors erwachsen ist, mit derselben überhaupt in keinem Zusammenhange steht.

Rechtsanwalt L. K. will nun zwar bei der Verhandlung vom 6. November v. J. vor dem Handelsgerichte Heilbronn die Erklärung abgegeben haben, daß er sich nicht als Vertreter der Aktiengesellschaft, sondern als Vertreter des Verwaltungsrathes ansehe. Allein nach Ausweis des Protokolls vom 6. November 1866, dessen Richtigkeit in dieser Beziehung von ihm nicht beanstandet

worden ist, hat L. K. jedenfalls weiter erklärt, er wolle eventuell die Aktiengesellschaft vertreten und lasse sich eventuell auf die Klage ein. Diese letztere Erklärung kann aber keinen andern Sinn haben, als daß er sich für den Fall, daß das Handelsgericht die Klage als gegen die Aktiengesellschaft selbst gerichtet ansehe, auf Grund der von ihm vorgelegten Vollmacht auch Namens der Gesellschaft einlassen wolle, so daß, da wie bereits ausgeführt, die vorgelegte Vollmacht sich in Ordnung befindet, die gehörige Vertretung der Beklagten in erster Instanz nicht zu beanstanden ist, wie denn auch Rechtsanwalt L. K. wider das die Gesellschaft verurtheilende Erkenntniß des Handelsgerichtes Heilbronn offenbar auf Grund der mehrgedachten Vollmacht ohne weitere Bemerkung die Nichtigkeitsklage und eventuelle Appellation angemeldet und ausgeführt hat. Wenn derselbe nun bei der mündlichen Verhandlung in dieser Instanz die Erklärung wiederholt, er vermöge sich nicht als Vertreter der Aktiengesellschaft zu betrachten und müsse es dem Ermessen des Gerichtes überlassen, ob er als solcher anzusehen sei, so kann dieser Erklärung nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß er die Gesellschaft nicht vertreten wolle, denn Rechtsanwalt L. K. mußte sich darüber klar sein, daß in diesem Falle, sofern gegen den Verwaltungsrath, den er vertreten will, ein Urtheil nicht vorliegt, die durch das Erkenntniß des vorigen Richters verurtheilte Gesellschaft bei der Verhandlung in zweiter Instanz unvertreten geblieben, somit die Folgen des ungehorsamen Ausbleibens, d. h. die Rechtskraft des erstrichterlichen Urtheils hätte eintreten müssen. Dies konnte unmöglich in seiner Absicht gelegen sein und daraus folgt, daß auch diese neueste Erklärung nur die Bedeutung haben kann, daß er das Erkenntniß des vorigen Richters wegen der vorliegenden Klageänderung für nichtig halte, daß er aber, falls das Gericht entgegengesetzter Ansicht sei, auch die Gesellschaft selbst als durch sich vertreten ansehen müsse.

Dazu kommt aber noch, daß Rechtsanwalt L. K. als Vertreter des dermaligen Verwaltungsrathes auch von selbst Vertreter der Gesellschaft ist. Denn der Verwaltungsrath einer Aktiengesellschaft als solcher ist weder eine Sozietät, noch eine Korporation, noch eine juristische Person für sich, noch endlich ein selbstständiges Subjekt von Vermögensrechten, sondern weiter Nichts als das Organ der Gesellschaft, das in seiner Gesammtheit nur in dieser Eigenschaft eine Stellung im Rechtsleben hat, so daß der Verwaltungsrath, sobald er einmal überhaupt handelt, unmöglich anders als in dieser Eigenschaft handeln kann.

Hiernach ist die Beklagte auch in dieser Instanz als richtig vertreten anzusehen. Damit ist aber auch die Verwerfung der erhobenen Nichtigkeitsklage im Wesentlichen von selbst gegeben, wenn man überhaupt in der Abweisung des Antrags, eine Klage wegen Klageänderung zurückzuweisen, einen Nichtigkeitsgrund finden will.

Es ist zwar richtig, daß die ursprüngliche schriftliche Klage gegen den Verwaltungsrath der Kammgarnspinnerei B. gerichtet war und daß der beklagte Anwalt sich zunächst nur in dessen Namen auf die Klage eingelassen hat; auch läßt sich nicht leugnen, daß die gewählte Bezeichnung der Beklagten Angesichts der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches (Art. 227 ff.) nicht die richtige gewesen ist. — Allein, wenn der klägerische Anwalt in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, er habe von Anfang an die Aktiengesellschaft selbst belangen wollen, und den Verwaltungsrath nur darum als Beklagten benannt, weil derselbe die Gesellschaft nach Außen vertrete, und wenn der vorige Richter darauf hin die Gesellschaft selbst als die von Anfang an Beklagte betrachtet, so ist eine Nichtigkeitsklage, beziehungsweise Beschwerde hiegegen nicht begründet, weil eben keine Klageänderung im Sinne des Art. 71 Abs. 3 Ziff. c der Handelsgerichtsordnung, sondern nur die Berichtigung einer irrthümlichen Bezeichnung der Beklagten (Art. 71 Abs. 4) vorliegt.

Der beklagte Anwalt ist selbst nicht gemeint, zu behaupten, daß in der schriftlichen Klage die Verwaltungsrathsmitglieder aus dem Jahre 1856 beziehungsweise 1859 haben belangt werden wollen, ebensowenig als die einzelnen Mitglieder des jetzigen Verwaltungsrathes, denen die Vorfälle, welche dem Streite zu Grunde liegen, ganz fremd sind. Der beklagte Anwalt gibt vielmehr zu, daß die Klage gegen den Verwaltungsrath in dessen Eigenschaft und rechtlicher Stellung gerichtet ist, die ihm durch die Gesellschaftsstatuten angewiesen sind.

Wenn nun vom Kläger gegen diesen Verwaltungsrath auf Vertragserfüllung mittelst Verschaffung einer Gesellschaftsaktie, d. h. schließlich auf nichts Anderes, als auf Gewährung der Rechte eines Aktionärs [1] Klage erhoben wird, so liegt dem die irrthümliche rechtliche Anschauung zu Grunde, als ob die Aktiengesellschaft — ein Rechtssubjekt, das seiner Natur nach nicht selbst, sondern nur durch Beauftragte, d. h. durch seine gehörig bestellten Organe handeln kann — auch in der Person dieser Vertreter, d. h. in dem Organe, das zur Vertretung und zum Handeln nach Außen bestellt ist, belangt werden müßte.

Auf beklagter Seite aber liegt der Irrthum vor, als ob der Verwaltungsrath in seiner Gesammtheit, in seiner statutenmäßigen Zusammensetzung ein Rechtssubjekt für sich wäre, während in Wirklichkeit die Gesellschaft, als fingirtes Rechtssubjekt ohne Vermittlung ihrer Organe weder Rechte erwerben noch verpflichtet werden kann, [2] mithin, wo es sich von Vornahme gerichtlicher und außergerichtlicher Rechtsakte handelt, die Gesellschaft und deren Organe rechtlich getrennt sich gar nicht denken lassen.

Daraus folgt, daß wo die Gesellschaft selbst gerichtlich verfolgt wird, die Organe derselben ohne Weiteres in Thätigkeit treten, während, wenn wie hier irrthümlich das

---

[1] Renaud, Aktiengesellschaften S. 228.

[2] vergl. Tafel, Civilrechtssprüche Bd. VI, S. 311 ff.

Organ der Gesellschaft als Beklagte bezeichnet wird, dieses Organ sich nicht einlassen kann, ohne durch seine Handlungen von selbst die Gesellschaft zu verpflichten, so daß diese trotz der irrigen Bezeichnung von Anfang an als eigentliche Beklagte anzusehen ist.

II. Auch in materieller Beziehung ist die Klage begründet und sind die dagegen vorgebrachten Einreden zu verwerfen.

Die erhobene Klage ist auf Anschaffung einer Aktie der beklagten Spinnerei, sowie auf Ausbezahlung der seither bezahlten Dividenden gerichtet und stützt sich auf den in den Händen des Klägers befindlichen Interimsschein Nro. 263 und auf den auf demselben enthaltenen Nachweis der Einzahlung sämmtlicher Raten des Aktienbetrages.

Dagegen, daß der Besitz des Interimsscheines in Verbindung mit der unbestrittenen Thatsache, daß Kläger denselben auch zur Zeit, wo der Umtausch gegen die wirkliche Aktie hätte stattfinden sollen, besessen hat, den Kläger zur Klageerhebung legitimiren, ist nur der Einwand erhoben worden, daß Kläger nicht der erste Zeichner des Interimsscheines gewesen sei. Allein dieser Einwand wird widerlegt durch die Eigenschaft des Interimsscheines als Inhaberpapier, wonach unzweifelhaft der jeweilige Besitzer Subjekt der fraglichen Obligation wird, dem gegenüber der ursprünglich Berechtigte nicht in Betracht kommt.[3] Der Anspruch selbst aber ist begründet schon nach der rechtlichen Bedeutung und dem Wortlaute des Interimsscheines, der den Inhaber ermächtigt, nach Erfüllung der mit der Zeichnung eingegangenen Verpflichtungen von der Gesellschaft die Ausfolge der bezeichneten definitiven Aktie zu verlangen,[4] und zwar ist es, da die Klage ihrer eigentlichen

---

[3] Dunker, in Reyscher's Zeitschrift für deutsches Recht Bd. II, S. 49; Jolly, ebendas. Bd. XI, S. 418; Kuntze, Inhaberpapiere S. 274 u. 517.

[4] Koch, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Art. 222, 252, Nro. 104; Brinkmann, Handelsrecht S. 238; Pöhls, Aktien-

Bedeutung nach auf Gewährung von Aktienrechten gerichtet ist,[5] gleichgiltig, ob die wirklich gezeichnete oder eine andere Aktien-Nummer verlangt und verschafft wird, da die einzelnen Aktien nur Beweismittel des dem Inhaber zustehenden Rechtes sind.[6]

Von der rechtlichen Konstruktion des Uebergangs der von den Projektanten eingegangenen Verpflichtungen auf die Gesellschaft selbst kann hiebei abgesehen werden, soferne die Klage gegen die Gesellschaft im vorliegenden Falle schon darum begründet ist, weil der Interimsschein nach dem Wortlaute desselben, sowie nach dem Inhalte der Gesellschaftsstatuten (§. 13 u. 14) vollständig die Stelle der zukünftigen Aktie vertreten sollte.[7] So wie überhaupt die für die angeregte Frage maßgebenden Grundsätze sich nach den für den einzelnen Fall gegebenen Bestimmungen richten, welche die verschiedensten sein können, so ist insbesondere hier nicht außer Acht zu lassen, daß die Einladung zur Zeichnung nicht von den Projektanten einer erst zu konstituirenden Gesellschaft, sondern vom Verwaltungsrathe einer wenigstens in bedingter Weise (§. 5 der Statuten) bereits konstituirten Gesellschaft ausgegangen ist. Sofort nach dem Eintritt dieser Bedingung, nämlich der Zeichnung von 3/4 der Aktien, die in wenigen Wochen erfolgt war, erschien die Gesellschaft definitiv konstituirt und der Verwaltungsrath begann seine Thätigkeit. Damit war aber auch der einzelne Zeichner in die Rechte eines wirklichen Aktionärs eingetreten und die Klage, die er von da an erhebt, ist nicht auf Gewährung, sondern auf Anerkennung dieser seiner Rechte von Seiten der Gesellschaft gerichtet.

---

gesellschaft S. 160 u. 226; Savigny, Oblig.-Recht Bd. II, S. 184; Renaud, Aktiengesellschaft S. 644.

[5] Renaud, a. a. O. S. 228.

[6] Kuntze, Inhaberpapiere a. a. O.

[7] Pöhls, a. a. O. S. 160.

Daß diese Rechte durch Nichtausübung, insbesondere durch den unterlassenen Umtausch des Interimsscheines, erloschen wären, läßt sich nicht behaupten. Weder der Interimsschein selbst, noch die Statuten der Gesellschaft, noch endlich die vom Verwaltungsrathe im Jahre 1859 erlassene Aufforderung, die Aktien nunmehr in Empfang zu nehmen, knüpfen die Anerkennung des Rechtes des Aktionärs an den rechtzeitigen Umtausch des Interimsscheines gegen die Aktie, der vielmehr als eine unwesentliche Verwaltungsmaßregel angesehen wurde. Ein etwaiges Versehen in dieser Beziehung kann den Verlust der Rechte des Aktionärs nicht bedingen und ist hiebei nur zu erwähnen, daß das Uebersehen der Gesellschaft, die den Interimsschein einzuziehen und nöthigenfalls das Amortisationsverfahren einzuleiten gehabt hötte, zum mindesten ein gleich großes ist.

Der hauptsächliche Einwand der beklagten Gesellschaft besteht aber darin, daß sie nicht die rechte Beklagte sei, sofern Kläger nicht mit ihr, sondern mit dem Bankhause Gebr. B. kontrahirt, und sich deßhalb mit seiner Klage an dieses Haus zu wenden habe.

Es ist bekannt, daß zu Begebung von Inhaberpapieren jeder Art zweierlei Wege eingeschlagen zu werden pflegen und zwar entweder der, daß eine Subskription auf den Betrag der zu beschaffenden Summe veranstaltet und die Zeichnungslisten durch Bankiers ausgelegt werden, oder daß die zu beschaffende Aktiensumme einem oder mehreren Bankhäusern überlassen und diesen gestattet wird, die erworbenen Papiere weiter unterzubringen. Im ersten Falle ist der mit Empfangnahme der Einzahlungen beauftragte Bankier nur der von der Gesellschaft beauftragte Unterhändler, der in der Regel eine Provision für seine Bemühung bezieht, und steht als solcher mit den Zeichnern in keiner kontraktlichen Verbindung. Im letzteren Falle kauft er die Aktien im Großen, um solche im Einzelnen weiter

zu verkaufen.[8] Welche rechtliche Stellung der thätig gewesene Bankier eingenommen hat, ist Sache der Beurtheilung im einzelnen Falle.

Daß im vorliegenden Falle das Bankhaus Gebr. B. nicht Käufer und Wiederverkäufer der Aktien der beklagten Gesellschaft gewesen ist, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln. Dagegen spricht schon die allgemeine Erfahrung, daß bei Begebung von Aktien gewerblicher Etablissements, im Gegensatze von Staats- oder Privatanlehen der erstgenannte Weg der gewöhnlichere ist. Es sprechen aber ferner dagegen sämmtliche Kundgebungen des Verwaltungsrathes dem Publikum gegenüber, worunter insbesondere die erste Einladung zur Zeichnung, die von der Gesellschaft ausgegangen ist, während sie umgekehrt von den Bankiers hätte ausgehen müssen, sodann die Unterzeichnung der Interimsscheine durch den Verwaltungsrath selbst und die wiederum vom Verwaltungsrathe ausgegangene Aufforderung zum Umtausche gegen die gleichfalls auf den Inhaber gestellten Aktien hervorzuheben sind. Dagegen spricht endlich insbesondere der Umstand, daß Gebr. B. der Beklagten die Zeichnungsliste vorgelegt haben, wozu, im Falle sie Käufer der 250 Stücke Aktien gewesen wären, lediglich kein Grund vorlag.

Mit dieser Anschauung ist von selbst der letzte Einwand, daß die Beklagte mit Ausfolge der Aktien an das Bankhaus ihren Verpflichtungen nachgekommen sei, widerlegt. Denn wenn dieß auch richtig wäre, so hat sie eben für die Schuld ihres Beauftragten, die sicher vorliegt, nach bekannten Rechtsgrundsätzen einzustehen.

---

[8] vergl. Goldschmidt, der Lucca-Pistoja Aktienstreit S. 13 ff.

Verhandlungen des Kassationshofes in Württemberg.

(Fortsetzung von Bd. VII, S. 380—441.)

(Von Hrn. Obertribunalrath v. Binder.)

Die folgenden Mittheilungen sind bestimmt, im Anschluß an die früher in der Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg Bd. XVII, erste außerordentliche Lieferung (Supplement zu Abtheil. I), dritte außerordentliche Lieferung (Supplement zu Abtheil. II), Bd. XIX, erste außerordentliche Lieferung (Supplement zu Abth. II) und im Württembergischen Archiv für Recht und Rechtsverwaltung Bd. III, S. 280—381, Bd. IV, S. 1—37, Bd. VII, S. 3̄0—441 erschienenen Veröffentlichungen eine Uebersicht über die Verhandlungen des Kassationshofes bis zum 1. Febr. 1869 zu geben, mit welchem Tage eine neue Prozeßgesetzgebung ins Leben getreten ist und auch für den Kassationshof eine neue Periode seiner Wirksamkeit begonnen hat. Bei Aufnahme der Entscheidungen ist dieselbe Vollständigkeit eingehalten worden, wie bei den früheren Mittheilungen. Soweit die Entscheidungen sich auf Fragen des materiellen Strafrechtes beziehen, bedarf dieß keiner Rechtfertigung. Wenn nach der eingetretenen Aenderung in der Prozeßgesetzgebung auch Entscheidungen, welche vorzugsweise das Prozeßrecht zum Gegenstand haben, nicht ausgeschlossen worden sind, so wird dieß abgesehen davon, daß es angemessen erschien, die begonnenen Mittheilungen noch bis zu dem bezeichneten Zeitpunkte in gleicher Vollständigkeit fortzuführen, theils durch das wissenschaftliche Interesse im Allgemeinen, theils dadurch gerechtfertigt sein, daß auch nach der veränderten Gesetzgebung ein Zurückgehen auf die Grundsätze des früheren Prozeßrechtes noch häufig nothwendig und von praktischem Werthe ist.

1.

Anläßlich der Beschwerde eines Geschworenen über die — angeblich durch Beschluß des Schwurgerichtshofes erfolgte — Zurückweisung seines Anspruchs, daß die ihm nach Art. 80 des Schwurgerichtsgesetzes gebührende Reisekostenentschädigung nicht nach der Entfernung seines regelmäßigen Wohnsitzes, sondern nach der seines zeitlichen Auf=

enthaltes zur Zeit seiner Einberufung zum Dienste von dem Sitzungsorte berechnet werde, beschloß der Kassationshof am 27. Mai 1865

in Erwägung, daß die Reisekostenentschädigung der Geschworenen zum allgemeinen, auf die Staatskasse zu übernehmenden Aufwand für die Rechtspflege gehört (§. 3 der K. Verordn. v. 13. Dez. 1849) und daß demgemäß, sowie nach Ziff. 8 des im II. Ergänzungsband zum Regierungsblatt S. 19—20 veröffentlichten Justizministerialerlasses vom 3. Januar 1850 jene Kosten von den Staatsanwälten festzusetzen und von dem K. Justizministerium zu genehmigen sind, daß sonach, wenn auch, wie von dem Beschwerdeführer behauptet wird, ein Beschluß des Schwurgerichtshofes in Betreff der von ihm beanspruchten Reisekosten vorliegen sollte, diesem Beschluß als einem unzuständiger Weise gefaßten keine Folge gegeben werden könnte, — die erhobene Beschwerde als eine unstatthafte abzuweisen und die etwaige Belehrung des Beschwerdeführers über die formelle Behandlung von Ansprüchen der bezeichneten Art dem Generalstaatsanwalt zu überlassen. [1]

2.

Durch Verweisungserkenntniß vom 17. Juni 1865 wurden die ledige Rosine Hämmerle von Lustnau, O.A. Tübingen, wegen gewerbsmäßigen Stehlens im Betrage von mehr als 500 Gulden und der ledige Weingärtner Christian Wilhelm Haug von Tübingen wegen Anstiftung zu diesem Verbrechen an den Schwurgerichtshof zu Tübingen verwiesen, nachdem durch die Voruntersuchung, in welcher beide Angeklagte Bekenntnisse abgelegt hatten, ermittelt worden war, daß die Hämmerle auf Zureden des Haug und zu dem Zwecke, die Heirath mit demselben zu ermög-

---

[1] Ueber die Zuständigkeit des Kassationshofes zur Erledigung von Beschwerden gegen Beschlüsse der Schwurgerichtshöfe über die Dekretur von Kosten vgl. dieses Archiv Bd. IV, S. 33—35.

lichen, wozu bei der beiderseitigen Mittellosigkeit sonst keine Aussicht vorhanden gewesen wäre, der H. L., bei welcher sie als Magd diente, unter Benützung der ihr hiedurch eröffneten Gelegenheit, an deren nicht immer sorgfältig genug verwahrte Geldvorräthe zu gelangen, im Laufe des Jahres 1864 in etwa sechs Handlungen nach und nach eine Summe von ungefähr 1500 fl. entwendet hatte.

In dem Verweisungserkenntniß war die Anklage gegen die Hämmerle (und entsprechend bezüglich des Angeklagten Haug) dahin formulirt, „sie habe im Laufe des verflossenen Jahres ihrer Dienstfrau zu wiederholten Malen baares Geld und Anderes im Gesammtbetrage von mehr als 500 Gulden weggenommen und rechtswidrig sich zugeeignet und habe diese Eingriffe in fremdes Eigenthum in Ausführung des allgemeinen Entschlusses verübt, jede Gelegenheit zu solchen rechtswidrigen Zueignungen zu benützen, um von dem hiedurch Gewonnenen einen Hausstand gründen zu können."

Die von dem Präsidenten nach vorgängiger Berathung mit dem Schwurgerichtshofe an die Geschworenen gestellten Fragen gingen dahin:

in Betreff der Rosine Hämmerle:

1) ist die Angeklagte schuldig, im Laufe des verflossenen Jahres ihrer Dienstherrin H. L. in mehreren Handlungen baares Geld und wollenes Garn im Gesammtwerthsbetrage von mehr als 500 fl. in der Absicht, sich diese Gegenstände rechtswidrig zuzueignen, hinweggenommen zu haben?

2) Hat die Angeklagte diese Eingriffe in das Eigenthum der H. L. in Ausführung des allgemeinen Entschlusses verübt, die Gelegenheiten zu solchen rechtswidrigen Zueignungen in einer nicht zum Voraus begränzten Zahl von Fällen zu benützen, um von dem hiedurch Errungenen einen Hausstand gründen zu können?

in Betreff des Angeklagten Haug:

1) ist der Angeklagte schuldig, vorsätzlich durch Ueber-

redung die Rosine Hämmerle bestimmt zu haben, ihrer Dienstherrin H. L. im Laufe des verflossenen Jahres wiederholt baares Geld im Gesammtbetrage von mehr als 500 fl. hinwegzunehmen in der Absicht, sich solches rechtswidrig zuzueignen?

2) Hat der Angeklagte die Rosine Hämmerle in der gedachten Weise dazu bestimmt, die Gelegenheiten zu solchen rechtswidrigen Zueignungen in einer nicht zum Voraus begränzten Zahl von Fällen zu benützen, um von dem dadurch Gewonnenen einen gemeinschaftlichen Hausstand mit ihr gründen zu können?

In Betreff der Fragestellung erklärte der Vertheidiger des Angeklagten Haug, er wünschte, daß in die seinen Klienten betreffende zweite Frage statt der Auflösung des Begriffes der Gewerbsmäßigkeit in seine thatsächlichen Momente den Geschworenen einfach die Frage vorgelegt würde, ob der Angeklagte die Rosine Hämmerle bestimmt habe, gewerbsmäßig zu stehlen?

Von dem Vorsitzenden wurde hierauf bemerkt, der Schwurgerichtshof habe diese Frage bei seiner Berathung in Erwägung gezogen, aber beschlossen, in Uebereinstimmung mit dem Verweisungserkenntnisse, welches das Wort „gewerbsmäßig" auch nicht enthalte, die vorliegende Fassung zu wählen, weil der Begriff „Gewerbsmäßigkeit" ein Rechtsbegriff sei, worüber den Geschworenen ein Urtheil nicht zukomme, den Geschworenen aber in dieser Richtung die geeignete Belehrung zu ertheilen, wie dieß von dem Vorsitzenden in der Zusammenfassung der Ergebnisse der Verhandlungen und nach Vorlesung der Fragen auch geschehen sei.

Hiebei beruhigte sich der Vertheidiger und es wurde weder von ihm noch von anderer Seite ein förmlicher Antrag gestellt oder eine weitere Einwendung erhoben.

Der Wahrspruch der Geschworenen (deren Obmann in diesem Falle ein Universitätslehrer des Strafrechtes war) lautete bezüglich der ersten Frage bei beiden Angeklagten

einfach bejahend, bezüglich der zweiten Frage — die Angeklagte Hämmerle betreffend:

Ja, aber die Angeklagte ist dadurch nicht des ihr zur Last gelegten gewerbsmäßigen Stehlens schuldig;

in Betreff des Angeklagten Haug:

Ja, aber der Angeklagte ist dadurch nicht der ihm zur Last gelegten Anstiftung zu gewerbsmäßigem Stehlen schuldig.

Die Vertheidiger der beiden Angeklagten machten hienach geltend, nach dem Ausspruch der Geschworenen seien ihre Klienten des gewerbsmäßigen Stehlens für nicht schuldig erklärt anzusehen, wogegen der Staatsanwalt Verurtheilung wegen gewerbsmäßigen Stehlens beantragte.

Der Schwurgerichtshof verurtheilte die beiden Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Stehlens, beziehungsweise wegen Anstiftung zu gewerbsmäßigem Stehlen je zu fünfjährigem Zuchthaus. Vor der Verkündigung des Erkenntnisses eröffnete der Vorsitzende, der Schwurgerichtshof habe nach gepflogener Berathung beschlossen, den Beisatz, welchen die Geschworenen der Bejahung der ihnen vorgelegten Fragen angefügt haben, als unstatthaft zu erklären, und somit als nicht vorhanden zu betrachten, sofern die Geschworenen hiedurch über die Subsumtion einer That unter das Gesetz ein Urtheil ausgesprochen haben, was ihnen nicht zustehe.

Die von den Vertheidigern der beiden Angeklagten rechtzeitig angemeldete Nichtigkeitsklage stützte sich in erster Linie auf die Behauptung der unrichtigen Anwendung des Gesetzes, indem geltend gemacht wurde, durch die Fragestellung habe den Geschworenen das Recht nicht entzogen werden dürfen, sich darüber, ob Gewerbsmäßigkeit vorliege, auszusprechen; der Beisatz, welcher die Gewerbsmäßigkeit verneinte, sei daher zu beachten gewesen. Wollte man aber auch von demselben gänzlich absehen, so genügen die bejahten Thatsachen nicht, um gewerbsmäßiges Stehlen annehmen zu können. Eventuell wurden von dem Vertheidiger

des Angeklagten Haug zwei formelle Nichtigkeitsgründe aufgestellt,

a) unter Bezugnahme auf Art. 193 I. 2, vergl. Art. 159, es sei unterlassen worden, über den von dem Vertheidiger auf Abänderung der Fragestellung gestellten Antrag zu erkennen,

b) es sei ein wesentlicher Grundsatz des Verfahrens dadurch verletzt worden, daß der Vertheidiger des Haug durch einen Beschluß des Schwurgerichtshofes auf die Replik des Staatsanwalts nur noch hinsichtlich der Frage der Gewerbsmäßigkeit, nicht im Allgemeinen zur Erwiederung zugelassen worden sei, nachdem der Staatsanwalt in seiner Replik sich darauf beschränkt hatte, über die Frage der Gewerbsmäßigkeit zu sprechen und speziell dem Vertheidiger der Hämmerle zu entgegnen mit der ausdrücklichen Erklärung, daß er auf den Vortrag des Vertheidigers des Angeklagten Haug etwas zu erwiedern sich nicht veranlaßt finde. [2]

Von Seiten des Generalstaatsanwalts wurde zugegeben, daß die in die Frage aufgenommenen und von den Geschworenen bejahten Thatsachen die Auszeichnung der Gewerbsmäßigkeit nicht begründen, weil von gewerbsmäßigem Stehlen nicht die Rede sein könne, wenn der Dieb entschlossen gewesen sei, sich auf die Benützung einer be-

---

[2] Den Nichtigkeitsgrund a) fand der Generalstaatsanwalt zutreffend, weil, obschon nur in Form eines Wunsches, ein Gesuch, welches ein Recht des Angeklagten zum Gegenstand hatte, gestellt gewesen sei, sonach hierüber hätte entschieden werden sollen, da ein Verzicht auf eine solche Entscheidung in dem Schweigen des Vertheidigers auf die erläuternde Bemerkung des Präsidenten nicht gefunden werden könne.

Dem zweiten Nichtigkeitsgrund b) wurde die Einwendung entgegengesetzt, daß er im Gesetze als solcher nicht anerkannt sei. Vgl. über die analoge Ausdehnung von Nichtigkeitsgründen Sarwey, Monatschr. Bd. XVII, 3. außerordentl. Liefer. S. 24, 31. Dagegen württ. Arch. Bd. III, S. 351 u. 352.

stimmten Gelegenheit zum Stehlen zu beschränken, nur **eine** Person fortgesetzt zu bestehlen.

Bezüglich der, wie sich von selbst versteht, lediglich vom Standpunkte des Gesetzes vom 14. Aug. 1849 aus zu entscheidenden Frage, ob den Geschworenen die Befugniß zustehe, nicht blos über die Beweisfrage hinsichtlich der in die Fragen aufgenommenen Thatsachen, sondern auch über die Subsumtion dieser Thatsachen unter einen bestimmten Rechtsbegriff zu entscheiden, und ob sie hiezu namentlich im vorliegenden Falle bei der Beschränkung der Frage auf bestimmte Thatsachen als befugt haben angesehen werden können, wurde zwar eingeräumt, daß es zulässig und, weil die Gewerbsmäßigkeit nicht als reiner Rechtsbegriff anzusehen sei, zweckmäßiger gewesen wäre, geradezu nach der Gewerbsmäßigkeit zu fragen.[3] Andererseits könne nicht behauptet werden, daß dieß nothwendig gewesen sei, vielmehr sei der Gerichtshof befugt gewesen, blos nach den Merkmalen der Gewerbsmäßigkeit zu fragen;[4] denn wenn diese richtig und vollständig in der Frage enthalten seien, so sei in Wirklichkeit den Geschworenen die Entscheidung über das Vorhandensein dieser Auszeichnung unterstellt. Darüber aber, ob die Merkmale des Begriffes in der Frage enthalten seien, haben nicht die Geschworenen zu entscheiden, vielmehr seien dieselben durchaus auf die Beantwortung der ihnen vorgelegten Fragen beschränkt und nicht berechtigt, die Fragestellung zu korrigiren. Der Beisatz bei Bejahung der Fragen sei daher als die Befugnisse der

---

[3] vgl. die Fragestellung in dem Falle Archiv Bd. VII, S. 401.

[4] vgl. über die Zulässigkeit der Zurückführung der gesetzlichen Merkmale auf das entsprechende thatsächliche Verhältniß die Entscheidungen des Kassationshofes Monatschrift Bd. XVII, 3. außerordentl. Liefg. S. 13, 14, Bd. XIX, 1. außerordentl. Liefg. S. 22 u. 24 (Plünderung), S. 88, 101 (Aufforderung zum Aufruhr), S. 91 u. 92 (Zusammenrottung), S. 92 (Anführerschaft), S. 99 (Anstiftung), dieses Archiv Bd. III, S. 290, 291 (Freiwilligkeit), S. 300 u. 303 (lebensgefährliche Drohungen), auch S. 335, 314, 371.

Geschworenen überschreitend, nicht zu beachten, vielmehr komme es blos darauf an, ob in den bejahten Thatsachen die Gewerbsmäßigkeit zu finden sei oder nicht. Zu demselben Resultate würde man übrigens auch gelangen, wenn man die Befugniß der Geschworenen, so zu antworten, wie geschehen, anerkennen wollte. Denn wenn die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit in der Frage richtig enthalten seien, so haben die Geschworenen in keinem Falle bei Bejahung der sämmtlichen in der Frage angegebenen Thatsachen die Gewerbsmäßigkeit verneinen können, da in diesem Falle das „Nein" nicht mehr etwas Thatsächliches, sondern eine bloße Rechtsansicht enthalten würde. Nur wenn in der Frage ein für den Begriff wesentliches Moment fehlen würde, wäre, von dieser Ansicht ausgegangen, der Beisatz gerechtfertigt, sofern dadurch ausgesprochen wäre, daß zum Begriffe ein weiteres thatsächliches Moment erforderlich sei, dessen Vorhandensein verneint werden müsse. In diesem Falle wäre aber auch ohne den die Gewerbsmäßigkeit ausdrücklich verneinenden Beisatz dieselbe nicht als bejaht anzusehen.

Durch Erkenntniß des Kassationshofes vom $^{14}/_{17}$. Oktober 1865 wurde der Nichtigkeitsklage Statt gegeben und nach Aufhebung des Urtheils des Schwurgerichtshofes die Angeklagte Rosine Hämmerle wegen fortgesetzten erschwerten Diebstahls und der Angeklagte Haug wegen Anstiftung zu fortgesetztem erschwertem Diebstahl je zu einer entsprechenden Arbeitshausstrafe verurtheilt.

Die Begründung war folgende:

Betreffend den auf Art. 193 I. 4 des Schwurger.-Ges. gestützten Nichtigkeitsgrund, daß der Schwurgerichtshof das Gesetz unrichtig auf die durch den Wahrspruch der Geschworenen festgestellten Thatsachen angewendet habe und zwar theils darum, weil die von den Geschworenen der Bejahung der die beiden Angeklagten Rosine Hämmerle und Christian Wilhelm Haug betreffenden zweiten Frage beigefügte Erklärung, daß die Angeklagten durch die gegen

sie bejahten Thatsachen nicht des ihnen zur Last gelegten gewerbsmäßigen Stehlens, beziehungsweise der Anstiftung zu gewerbsmäßigem Stehlen schuldig seien, von dem Gerichtshofe unbeachtet gelassen worden sei, theils deßhalb, weil die in der genannten Frage enthaltenen und von den Geschworenen bejahten Thatsachen auch abgesehen von jener Erklärung nicht hinreichen, um die Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Stehlens, beziehungsweise wegen Anstiftung hiezu verurtheilen zu können, —

in Erwägung, daß die Frage, welche Bedeutung der von den Geschworenen ihrem bejahenden Ausspruche zu Frage 2 beigefügten Erklärung zukomme, und ob dieselbe als eine unbefugte für nicht vorhanden erachtet werden durfte, unerörtert bleiben kann, da jedenfalls die bejahten Thatsachen auch abgesehen von diesem Beisatz nicht hinreichen, um eine Verurtheilung wegen gewerbsmäßigen Stehlens zu begründen;

in Erwägung, daß durch den Ausspruch der Geschworenen festgestellt ist, daß die Angeklagte Hämmerle in Benützung der ihr durch ihr Dienstverhältniß gebotenen Gelegenheit in mehreren Handlungen Diebstähle zum Nachtheil ihrer Dienstherrschaft im Betrage von mehr als 500 fl. verübt hat und zwar in Folge des allgemeinen Entschlusses, jene Gelegenheit in einer nicht zum Voraus begrenzten Zahl von Fällen zu benützen, um von dem so Gewonnenen einen Hausstand gründen zu können, sowie, daß der Angeklagte Haug die Hämmerle zu jenem allgemeinen Entschlusse und zu den in Ausführung desselben verübten Diebstählen bestimmt hat;

in Betracht, daß zwar, um ein gewerbsmäßiges Betreiben des Stehlens annehmen zu können, nicht erforderlich ist, daß verschiedenartige Gelegenheiten zu Verübung von Diebstählen aufgesucht oder benützt werden und ebensowenig, daß das durch den Diebstahl Gewonnene unmittelbar zum Lebensunterhalt verwendet wird, da auch mittelst Benützung einer und derselben Gelegenheit zum Steh-

len ein fortdauernder und regelmäßiger Erwerb gesucht werden kann und die Absicht, in dieser Art den Diebstahl zur Erwerbsquelle zu machen, durch die Art der Verwendung des Gewonnenen nicht bedingt ist;

daß im vorliegenden Falle aber gleichwohl aus demjenigen, was dem Angeführten zufolge gegen die Angeklagten erwiesen ist, die Absicht, das Stehlen gewerbsmäßig zu betreiben nicht mit Sicherheit gefolgert werden kann, da nur so viel gewiß ist, daß sie sich mittelst Diebstahls in den Besitz einer zu Gründung eines Hausstandes ausreichenden Summe setzen wollten, ohne die Absicht, ihr verbrecherisches Treiben länger als bis zu Erreichung dieses Zweckes fortzusetzen, andererseits über die Größe der Summe, welche sie sich zu verschaffen gedachten, so wenig etwas Näheres ermittelt ist, als darüber, ob sie zu Gewinnung derselben eine größere oder kleinere Zahl von Diebstählen für erforderlich hielten und demgemäß längere Zeit in ihrem verbrecherischen Treiben fortzufahren beabsichtigten oder nicht, hiernach aber die Annahme nicht ausgeschlossen erscheint, daß es überhaupt nur auf eine zwar nicht im Voraus bestimmte, aber doch jedenfalls kleinere Zahl von Diebstählen, wie sie in Wirklichkeit zur Ausführung kamen, abgesehen war und daß der Entschluß, zu Erreichung des vorgesetzten Zweckes eine Mehrzahl von diebischen Handlungen zu begehen, nicht sowohl in der Absicht, den Diebstahl dauernd als Erwerbsquelle zu benützen, als vielmehr in anderen Rücksichten, wie etwa dem Bestreben, auf diese Art einer Entdeckung desto leichter vorzubeugen, seinen Grund gehabt haben kann;

in Erwägung, daß es nach Allem dem an dem als wesentliche Voraussetzung für die Annahme der Gewerbsmäßigkeit anzusehenden Nachweise fehlt, daß wenigstens die Absicht dahin ging, den Diebstahl für eine gewisse Zeitdauer und in häufigerer Wiederholung als Mittel des Erwerbes zu benützen,

erkennt der Kassationshof:

daß der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund zutreffe und sonach das die Angeklagten Rosine Hämmerle und Christian Wilhelm Haug wegen gewerbsmäßigen Stehlens, beziehungsweise wegen Anstiftung zu gewerbsmäßigem Stehlen verurtheilende Erkenntniß des Schwurgerichtshofes als nichtig aufzuheben sei u. s. w.

3.

Durch Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Eßlingen vom 28. März 1866 wurde der ledige Weingärtner Johann Heinrich Schiller von Rohracker, O.A. Cannstatt, wegen Todtschlags in Anwendung der Art. 245 des St.-G.B. und des Art. 1 des Ges. vom 13. August 1849 zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe verurtheilt, nachdem durch den Wahrspruch der Geschworenen gegen ihn festgestellt worden war, „er habe am 17. Dez. 1865 Vormittags im Dürrbachwalde bei Rohracker, um sich der Ergreifung darüber, daß er unbefugt daselbst dem Wilde mit Schießgewehr nachstellte, zu entziehen, ohne Vorbedacht im Affekt den Entschluß gefaßt, den Forstwächter Anton Rebmann von Degerloch zu tödten und in Ausführung dieses Entschlusses in der gleichen Gemüthsstimmung einen ersten Schuß in die rechte Seite der Brust und hierauf noch einen zweiten Schuß in den Kopf des Rebmann aus einer mit Schroten geladenen Flinte abgefeuert und durch den einen oder den anderen dieser beiden Schüsse dessen Tod verursacht."

Die Nichtigkeitsklage gründete sich auf die Behauptung, es hätte nicht die Strafbestimmung des Art. 245 über qualifizirten Todtschlag, sondern die des Art. 243 des St.G.B. zur Anwendung gebracht werden sollen. Die Handlung, über welcher der Verurtheilte betreten worden, sei ein Jagdfrevel im Sinne des Art. 18 des jetzt giltigen Ges. vom 27. Oktober 1855, betreffend die Regelung des Jagdwesens, — nach dem Strafgesetzbuche (da es wahrscheinlich gemacht war, daß der Angeklagte nicht ein Thier

der hohen Jagd, sondern einen Fuchs schießen wollte) ein nach Art. 395 letzter Absatz nur polizeilicher Bestrafung unterliegendes Vergehen, ein Jagdexzeß, wofür der Art. 65 des Pol.=Str.G.B. die Strafe festgesetzt habe. Diese Handlung sei somit kein Verbrechen, sie sei es jedenfalls zur Zeit der Erlassung des St.G.B. nicht gewesen, denn nach Art. 1 des St.G.B. werden nur die in diesem Gesetzbuche mit Strafe bedrohten Handlungen Verbrechen genannt, während das Pol.=St.G.B. im Gegensatz hiezu die dort verpönten Handlungen polizeiliche Uebertretungen nenne. Da der Art. 245 die Ergreifung über einem Verbrechen voraussetze, könne die Bestimmung desselben nicht Platz greifen, wenn ein Todtschlag verübt werde, um sich der Ergreifung über einer polizeilichen Uebertretung, insbesondere über einem Jagdexzeß zu entziehen. — Der Grund der gesetzlichen Bestimmung treffe allerdings auch bei der Ergreifung über einer polizeilichen Uebertretung zu; allein es wäre eine unzulässige analoge Anwendung des Art. 245 auf einen nicht darunter begriffenen Fall, wollte man diese exceptionelle Strafbestimmung auch auf den Fall des Todtschlages, um sich der Ergreifung über einer Polizeiübertretung zu entziehen, anwenden.

Auch dadurch, daß die Jagdexzesse im Sinne des Art. 65 des Pol.=St.G.B. im dem Gesetze vom 27. Oktbr. 1855 den Gerichten zur Bestrafung zugewiesen worden seien, werde die Anwendung des Art. 245 im vorliegenden Falle nicht gerechtfertigt. Die fragliche Bestimmung des Ges. von 1855 sei eine Kompetenzbestimmung, die in der Tendenz, die Strafjustiz der Administrativbehörden einzuschränken, ihre Erklärung finde. Wenn es die Absicht des Gesetzes gewesen sei, daß der Art. 245 auf einen Todtschlag, um sich der Ergreifung über einem Jagdexzeß zu entziehen, keine Anwendung finden solle, so wäre eine Abänderung des Art. 245 durch Ausdehnung seiner Vorschrift auf polizeiliche Uebertretungen von damals erforderlich gewesen, um den vorliegenden Fall darunter stellen zu können. Eine

solche Abänderung des Art. 245 aber folge noch nicht daraus, daß in dem Gesetze von 1855 bestimmt worden sei, es sollen bisher blos polizeilich abzurügende Uebertretungen künftig von den Gerichten bestraft werden. Vielmehr wäre der Nachweis erforderlich, daß der Gesetzgeber, welcher die Bestimmung des Art. 18 des Ges. vom 27. Oktbr. 1855 getroffen habe, damit den Art. 245 des St.G.B. habe abändern wollen, ein Beweis, der sich weder aus dem Gesetze noch aus den Verhandlungen über dasselbe erbringen lasse.

Der Generalstaatsanwalt räumte ein, daß in Art. 245 des St.G.B. unter Verbrechen nicht auch polizeiliche Uebertretungen begriffen seien, und daß die Gesetzesanalogie nicht berechtigen würde, den Art. 245 auf bloße polizeiliche Uebertretungen auszudehnen. Da die Frage (entsprechend dem jetzt geltenden Gesetze, wornach der Unterschied zwischen Thieren der hohen und der niederen Jagd für den Thatbestand nicht mehr in Betracht komme) allgemein dahin gestellt gewesen sei, daß der Angeklagte dem Wilde nachstellte, so könnte behauptet werden, daß die Geschworenen eine allgemeine auf jedes jagdbare Thier gerichtete Absicht bejaht haben. Indessen komme es hierauf nicht an. Die Frage sei vielmehr, ob durch den Art. 18 des Ges. vom 27. Okt. 1855 das Vergehen im Allgemeinen für ein gerichtliches erklärt, oder ob es bloß ein polizeiliches sei in den früher polizeilichen Fällen? Von einer bloßen Kompetenzbestimmung handle es sich nicht, vielmehr habe, wie insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Art. 13—15 des Ges. vom 17. Aug. 1849 über das Jagdwesen, welches die Grundlage für das Gesetz vom 27. Oktbr. 1855 gebildet habe, zu entnehmen sei, das Vergehen in seinem ganzen jetzigen Umfang für ein gerichtliches, d. h. nach dem Strafgesetzbuche zu beurtheilendes und in das System des Strafgesetzbuches eingefügtes erklärt werden sollen, auf welches nach ausdrücklicher Bestimmung die Grundsätze des allgemeinen Theiles des St.G.B. Anwendung zu finden haben. Hiedurch sei das St.G.B. in seinem ganzen Um=

fang und damit auch der Art. 245 auf die in Art. 13 des Ges. vom 17. Aug. 1849 und in Art. 18 des Ges. vom 27. Okt. 1855 verpönten Handlungen anwendbar geworden.

Durch Erkenntniß vom 8.—11. Mai 1866 wurde die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet verworfen,[5] in Erwägung, daß

1) mit dem in Art. 245 des St.G.B. gebrauchten Ausdruck „Verbrechen" zwar alle im Strafgesetzbuche mit Strafe bedrohten Handlungen, welche nach Art. 1 dieses Gesetzbuches Verbrechen oder Vergehen heißen, bezeichnet werden, daß aber weder durch den Wortlaut, noch durch den aus den ständischen Verhandlungen zu entnehmenden Sinn des angeführten Art. 1 das Vorhandensein weiterer Verbrechen und Vergehen ausgeschlossen wird, und daß es insbesondere nicht in der Absicht des Strafgesetzbuches lag, eine Erweiterung des Kreises der nach den Grundsätzen des Strafgesetzbuches zu behandelnden Verbrechen und Vergehen im Wege der Gesetzgebung abzuschneiden, daß somit strafbare Handlungen, welche nicht schon nach dem Strafgesetzbuche als Verbrechen und Vergehen anzusehen waren,

---

[5] vgl. über die Frage d. preuß. St.G.B. §. 178, für welches sich die Nichtanwendbarkeit der Bestimmung auf den bei einer Uebertretung verübten Todtschlag aus §. 1 ergibt:

Oppenhoff, das St.G.B. für die preuß. Staaten zu §. 178 Note 3; Hahn, St.G.B. für d. preuß. Staaten S. 98 Note 370; Goltdammer, Arch. Bd. II, S. 237, 257, 352; sodann den Art. 304 des Code pénal (welchem der Art. 245 des württ. St.G.B. nachgebildet ist), wo ebenfalls crime oder délit, im Gegensatz gegen bloße contravention (Art. 1) die Voraussetzung für die Bestimmung bildet. Chauveau et Hélie, théorie du C. p. V. p. 347 ff. Morin, répertoire du droit crim. T. II. p. 394—395, T. I. p. 387—388; Le Graverend, traité de la législation crim. T. II. p. 119—120, insbesondere über die Praxis des französischen Kassationshofes, wornach der Art. 304 auch auf délits, welche nicht im Code, sondern in Spezialgesetzen mit Strafe bedroht sind, angewendet wird.

Ueber den Art. 245 d. württ. St.G.B. vgl.: Ber. der Komm. der Kamm. der Abg. über den Entw. d. St.G.B. S. 287—292.

welche aber durch spätere Gesetze unter die allgemeinen Bestimmungen desselben gestellt worden sind, als Verbrechen und Vergehen im Sinne des Strafgesetzbuches behandelt werden müssen,[6] daß

[6] Der Satz, daß unter Verbrechen in Art. 245 alle im Strafgesetzbuche verpönten Handlungen, mögen sie auch eine noch so geringe Strafe nach sich ziehen, begriffen sind, folgt unzweifelhaft daraus, daß an den Unterschied der Bezeichnung durch Verbrechen oder Vergehen sich keinerlei praktische Folgen knüpfen. Motive S. 20, 21. Daß es auch außerhalb des Strafgesetzbuches Verbrechen und Vergehen gibt, folgt schon für die Zeit der Erlassung des Strafgesetzbuches aus den Motiven S. 17, 18 und versteht sich mit Rücksicht auf die späteren, das Str.G.B. ergänzenden Gesetze von selbst. Vgl. z. B. Ges. v. 2. Okt. 1845, die Gefährdung des Transportes auf der Eisenbahn betr.; Art. 81 des Schwurger.Ges.; Art. 10 u. 11 des Ges. vom 10. Dez. 1855, betr. die Ausführung des Wiener Münzvertrages; Ges. v. 12. Febr. 1862, betr. den Schutz von Waarenbezeichnungen; Einführungsgesetz zum deutschen Handelsgesetzbuche vom 13. Aug. 1865 Art. 6. Da der Art. 245 von Verbrechen im Allgemeinen, nicht bloß von den im Strafgesetzbuche bedrohten, oder von den im Strafgesetzbuche nach seinem gegenwärtigen Inhalt bedrohten, spricht, so nehmen die Entscheidungsgründe zu obigem Erkenntnisse an, daß jedenfalls diejenigen Verbrechen oder Vergehen, welche in das Str.G.B. ergänzenden Gesetzen enthalten sind, die Qualifikation des Art. 245 begründen. Bezüglich anderer außerhalb des Str.Ges.B. vorkommender Verbrechen oder Vergehen ist dieß dahin gestellt gelassen, sofern auf sie die Grundsätze des allgemeinen Theiles des Str.Ges.B. nicht Anwendung finden. Es gehören hieher die militärischen Verbrechen und Vergehen und Verfehlungen gegen die Finanz- und Forstgesetze, und als Fälle, in welchen der Art. 245 praktisch werden kann, z. B. bewaffnete Contrebande, Zollstr.Ges. vom 15. Mai 1838 Art. 15, vgl. Art. 25; Konflikte von Holzfrevlern mit Forstschutzdienern. Jedenfalls geht die Entscheidung davon aus, daß in Art. 245 unter Verbrechen nicht strafbare Handlungen jeder Art verstanden sind, namentlich nicht die im Pol.Str.G.B. bedrohten, welche zwar ausnahmsweise auch Vergehen (Art. 93, 96, 98, 99) regelmäßig aber Uebertretungen genannt werden (Eingang Art. 90, 94, 95, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108. Schlußbestimmung). Hiegegen und für die Ansicht, daß unter Verbrechen in Art. 245 strafbare Handlungen jeder Art verstanden werden wollten, spricht aber die Erwägung,

2) in Uebereinstimmung mit diesen Grundsätzen der Thatbestand des qualifizirten Todtschlags, welcher durch den Art. 245 ohne Beschränkung auf die im Strafgesetzbuche mit Strafe bedrohten Handlungen von der Ergreifung über einem Verbrechen abhängig gemacht worden ist, in gleichem Maße an Umfang gewinnt, in welchem der Kreis der nach dem Strafgesetzbuche zu behandelnden Verbrechen und Vergehen erweitert wird, daß deßhalb auch, sobald sich nachweisen läßt, der Gesetzgeber habe die Anwendbarkeit der Grundsätze des Strafgesetzbuches auf eine nicht in diesem enthaltene strafbare Handlung gewollt, eine ausdrückliche Abänderung des Art. 245 nicht nothwendig erscheint, daß die Abänderung desselben vielmehr als durch die Einfügung des neuen Vergehens in das Strafgesetzbuch gewollt und erfolgt anzusehen ist, daß übrigens bei Erlassung eines neuen Gesetzes, durch welches die Zahl der gerichtlichen Vergehen vermehrt wird, die Absicht, zugleich den Art. 245 abzuändern, am wenigsten dann bezweifelt werden kann, wenn der Inhalt des neuen Gesetzes mit dem des Art. 245 im Zusammenhang steht, und denselben in Erinnerung bringen mußte, wie dieß bei den

---

daß der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen und Uebertretungen überhaupt kein fest bestimmter, namentlich nicht — wie nach der französischen Gesetzgebung — von der Strafgröße abhängiger ist, und daß, wenn unter den Art. 245 im Str.-Ges.B. bedrohte Handlungen fallen, welche möglicher Weise nur Geldbuße oder Gefängnißstrafe im geringsten Maße zur Folge haben, es ein Widerspruch wäre, Handlungen, welche in anderen Gesetzen bedroht sind und viel bedeutendere Strafen nach sich ziehen können, nicht ebenfalls darunter zu stellen, wornach vom Standpunkte unserer Gesetzgebung dem Art. 245 der Gesichtspunkt der Konkurrenz nicht, wie dieß für den Art. 304 des Code pen. aus dem Gange der französischen Gesetzgebung gefolgert werden kann, als zu Grunde liegend anzusehen ist, sondern, wie der Komm.-Bericht S. 291 hervorhebt, der Gesichtspunkt der höheren Bestrafung des ungerechten Affektes, der in verstärktem Maße zutrifft, je geringer das Vergehen ist, welches zu dem Todtschlag die Veranlassung gegeben hat. Vergl. Hufnagel, Komment. Bd. II, S. 36 f.

Jagdgesetzen von 1849 und 1855 der Fall war, insofern dieselben hinsichtlich der Widersetzung von Wilderern und Jagdfrevlern, sowie hinsichtlich des Rechtes der mit dem Jagdschutze beauftragten Personen, gegen jene von ihren Waffen Gebrauch zu machen, Bestimmungen getroffen haben; [7]

in fernerer Erwägung, daß

3) im vorliegenden Falle der Angeklagte nach dem Wahrspruch der Geschworenen einen Todtschlag begangen hat, um sich der Ergreifung über einem Jagdfrevel im Sinne des Art. 18 des Ges. vom 27. Okt. 1855 zu entziehen, daß ein solcher Jagdfrevel durch denselben Gesetzesartikel an die Gerichte gewiesen und den allgemeinen Grundsätzen über Versuch, Theilnahme und Rückfall unterworfen worden ist, daß schon hieraus und in Ermanglung einer gegentheiligen Bestimmung auf die Absicht des Gesetzgebers, die Jagdfrevel, welche zudem theilweise schon nach dem Strafgesetzbuche gerichtliche Vergehen waren, in allen Beziehungen unter die Bestimmungen des Strafgesetzbuches zu stellen, geschlossen werden kann, daß aber diese Absicht mit noch größerer Bestimmtheit aus den Verhandlungen über das Jagdgesetz vom 17. August 1849, aus welchem das Gesetz vom 27. Okt. 1855 hervorgegangen ist, insbesondere aus den wiederholten Erklärungen der Re-

---

[7] Den in Art. 396 des Straf-Ges.B. bestimmten Strafen der Widersetzung unterlagen nicht bloß solche, welche sich der gerichtlich strafbaren Wilderei oder Verletzung des Jagdrechtes (Art. 395) schuldig gemacht hatten, sondern auch solche, die über einem Vergehen (der Wilderei oder Verletzung des Jagdrechtes) betreten worden waren, das bloß unter den Begriff des Jagdexzesses (Art. 65 des Pol.Str.Ges.) fiel. Hufnagel, Komm. Bd. II, S. 707. Sollte hiernach selbst auf dem Standpunkte des Str.G.B. ein Unterschied in dem Falle gerechtfertigt gewesen sein, wenn die Widersetzung in das Verbrechen des Art. 245 überging? Der Jagdfrevel nach den Gesetzen von 1849 u. 1855 enthält aber unterschiedslos Fälle, die schon nach dem Str.G.B. gerichtlich strafbare Vergehen waren, wie Vergehen des Art. 65 des Pol.Str.G.B.

gierung, denen zuletzt von ständischer Seite nicht mehr widersprochen wurde, erhellt;[8]

in endlicher Erwägung, daß

4) da dem Ausgeführten zufolge durch das Jagdgesetz von 1855 die Zahl der „Verbrechen" vermehrt und ebendamit der Thatbestand des qualifizirten Todtschlags erweitert worden ist, eine Erörterung der Frage, ob die Handlung, über welcher der Angeklagte dem Wahrspruch zufolge ergriffen worden ist, nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuches als ein gerichtliches Vergehen anzusehen wäre, als überflüssig sich darstellt.

4.

In der Anklagesache gegen die durch Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Ludwigsburg vom 17. Dez. 1859 wegen Mords zum Tode verurtheilten und hierauf zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe begnadigten Johannes Schaber und Johann Georg Eckstein von Unterheinrieth, OA. Weinsberg, hatte, nachdem in der Voruntersuchung von beiden Angeklagten umfassende Bekenntnisse abgelegt worden waren, der Angeklagte Schaber dieses Bekenntniß bei der schwurgerichtlichen Verhandlung unter dem Vorgeben widerrufen, dasselbe sei durch den Untersuchungsrichter von ihm erpreßt worden. Auch zwei in der Hauptverhandlung eidlich vernommene Belastungszeugen, die Taglöhner Friedrich K. von Happenbach und Christian W. von Gruppenbach behaupteten, sie seien in der Voruntersuchung durch Drohungen des Untersuchungsrichters vermocht worden, Wahrnehmungen über den Hergang bei der That, welche mit den von den Angeklagten abgelegten Bekenntnissen übereinstimmten, zu bezeugen, während sie in Wirklichkeit aus eigener Wahrnehmung darüber Nichts wissen.

---

[8] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1848—49 I. Beil.-Bd. S. 1082—1086, S. 99—100, S. 789—792, 865—867; Protokoll Bd. V, S. 4477—4479; I. Beil.-Bd. S. 1012, 1023; Protokoll Bd. VI, S. 4950.

Der Schwurgerichtshof sah sich hiedurch veranlaßt, gegen die beiden Zeugen die Verhaftung und Einleitung einer Untersuchung wegen Meineids zu verfügen. Von dem erstgenannten Zeugen wurde noch vor dem Schlusse der Beweisaufnahme der Widerruf seiner in der Voruntersuchung gemachten Angabe als unwahr zurückgenommen, und es wurde in der Folge die wegen Meineids gegen ihn eingeleitete Untersuchung eingestellt, während gegen den Zeugen Christian W., welcher bei der schwurgerichtlichen Verhandlung auf der Zurücknahme seiner in der Voruntersuchung gemachten, die Angeklagten belastenden Aussage beharrte, später ein verurtheilendes Erkenntniß wegen Meineids erging, weil er bei der Hauptverhandlung wissentlich (zu Gunsten des Angeklagten Eckstein) die Unwahrheit ausgesagt habe.

Im Jahre 1866 reichte Schaber ein Gesuch um Wiederaufnahme der Untersuchung ein, welches er theils auf den Bezücht des Meineids gegen den in der schwurgerichtlichen Verhandlung gleichfalls als Zeugen vernommenen Untersuchungsrichter, theils auf die von dem Schwurgerichtshofe eingeleitete Verfolgung zweier Belastungszeugen wegen Meineids stützte.

Durch Beschluß des Kassationshofes vom 12. Juni 1866 wurde dieses Gesuch verworfen, in Erwägung, daß nach den Bestimmungen des Art. 259 des Schwurgerichtsgesetzes, auf welchen der Beschwerdeführer das eingelegte Rechtsmittel gestützt hat, der Kassationshof zu Vernichtung des gegen einen Angeklagten ergangenen Erkenntnisses erst dann schreiten kann, wenn die des Meineids verdächtigten Belastungszeugen durch gerichtliches Urtheil dieses Verbrechens schuldig befunden worden sind, daß aber diese Voraussetzung, was die von dem Beschwerdeführer des Meineids beschuldigten Zeugen, nämlich den Gerichtsaktuar B., den Taglöhner Friedrich K. und den Taglöhner Christian W. angeht, bei den Zeugen B. und K. nicht zutrifft, weil Ersterer noch gar nicht in Untersuchung ge-

zogen, Letzterer nach eingeleitetem Verfahren außer Verfolgung gesetzt worden ist, —

und in weiterer Erwägung, daß zwar die gegen den Zeugen W. geführte Untersuchung eine Verurtheilung desselben wegen Meineids zur Folge gehabt hat, daß aber hierauf eine Bitte um Wiederaufnahme der früheren Untersuchung gegen Schaber nicht gestützt werden kann, weil die Verfolgung des Zeugen wegen Meineids nicht, wie Art. 259 voraussetzt, erst nach erfolgter Verurtheilung des Angeklagten Schaber, sondern schon während der schwurgerichtlichen Verhandlung begonnen hat, die Geschworenen somit darauf hingewiesen waren, die Möglichkeit einer späteren Verurtheilung des Zeugen wegen Meineids bei Erlassung ihres Wahrspruchs in Rechnung zu nehmen.

5.

Durch Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Eßlingen vom 6. Oktober 1866 wurden die Wittwe Margarethe Dorothea Stierlen von Schnaitheim, OA. Heidenheim, und der Geometer Christian Lukas Hörtig von Jungingen, OA. Ulm, zum Tode verurtheilt, nachdem die Geschworenen die Stierlen der Vergiftung ihres verstorbenen Gatten und beide Angeklagte der im Komplott verübten Ermordung des 13 Jahre alten Sohnes der Ersteren, Wilhelm Stierlen, für schuldig erklärt hatten. Die von dem Vertheidiger des Hörtig gegen dieses Urtheil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde kam am 3./4. Dez. 1866 bei dem Kassationshofe zur Verhandlung und Entscheidung.

Durch die Voruntersuchung war festgestellt, daß der 13jährige Wilhelm Stierlen am 31. August 1865 in der Wohnung seiner Mutter zu Stuttgart mittelst eines Halstuches erdrosselt worden war, und beide Angeklagte hatten auch über die gemeinsame Verübung der That Bekenntnisse abgelegt, die indeß insofern von einander abwichen, als die Stierlen von Hörtig zu der That angestiftet gewesen sein wollte, und dem Hörtig auch die Hauptthätigkeit bei

der Ausführung zur Last legte, während der Angeklagte Hörtig, obschon er einräumte, daß die Stierlen seit längerer Zeit von der Ermordung ihres Sohnes gesprochen, und ihn zu bereden gesucht habe, ihr dabei zu helfen, doch behauptete, er sei bis zum Augenblicke der Ausführung nicht dazu entschlossen gewesen. Erst als die Stierlen dem Knaben anscheinend im Scherze das Halstuch umgelegt und ihn damit auf ein Bett gezogen habe, wo sie auf demselben gelegen sei, habe er auf die Aufforderung der Stierlen einen ihm dargebotenen Zipfel des Tuches ergriffen, und einen Augenblick daran gezogen, um zu dem Umbringen des Knaben zu helfen. Hiebei machte er nachträglich noch die Einschränkung, er habe mitten in der That dieselbe bereut und zu einer Zeit, wo der Knabe noch gelebt habe, abgelassen, worauf die Stierlen ihn vollends allein umgebracht habe. Auf dieser Darstellung blieb der Angeklagte Hörtig bei der Hauptverhandlung und auch die Stierlen trat derselben im Wesentlichen bei, indem sie die Beschuldigungen der Anstiftung und einer weitergehenden Betheiligung des Hörtig bei der Ausführung, als dieser selbst einräumte, widerrief und ihrerseits, obschon sie vorhergegangene Besprechungen zwischen ihr und Hörtig über das Umbringen des Buben nicht in Abrede stellte, den Entschluß zur Vollführung der That als im Moment der Ausführung erst durch einen augenblicklichen Aerger über den Knaben hervorgerufen darzustellen suchte.

In dem Verweisungserkenntnisse war die Beschuldigung gegen die beiden Angeklagten dahin gefaßt:

„Die Stierlen und Hörtig haben mit Vorbedacht und in unmittelbarem Interesse an der That beschlossen, den 13 Jahre alten Sohn der Ersteren, Wilhelm Stierlen, gemeinsam zu tödten und haben in Ausführung dieses Entschlusses am 31. Aug. 1865 in der Wohnung der Margarethe Stierlen zu Stuttgart gemeinschaftlich mit Vorbedacht dem Wilhelm Stierlen den Hals mittelst eines Halstuches zugeschnürt und hiedurch den Tod des Wilhelm Stierlen bewirkt."

Die bei beiden Angeklagten von den Geschworenen bejahte Hauptfrage lautete in Ansehung des Hörtig:

Ist der Angeklagte schuldig, in Gemeinschaft mit der Wittwe Margarethe Stierlen in beiderseitigem unmittelbarem Interesse an der That die gemeinsame Tödtung des Wilhelm Stierlen beschlossen und in Ausführung dieses Entschlusses am 31. August 1865 in der Wohnung der Margarethe Stierlen zu Stuttgart gemeinschaftlich mit dieser dem Wilhelm Stierlen den Hals mittelst eines Halstuches zugeschnürt und hiedurch den Tod des letzteren bewirkt, auch den Entschluß zu dieser That mit Vorbedacht gefaßt oder die Tödtung mit Vorbedacht ausgeführt zu haben?

In Folge der Bejahung dieser Hauptfrage waren die weiter gestellten eventuellen Fragen nicht zu beantworten gewesen. Dieselben gingen bei dem Angeklagten Hörtig (und übereinstimmend mit den entsprechenden Abänderungen bei der Stierlen) dahin:

Frage 2. (im Falle der Verneinung von Fr. 1.)

Ist der Angeklagte Hörtig schuldig, die Tödtung des W. Stierlen für sich allein beschlossen und in Ausführung dieses Entschlusses u. s. w. dem W. Stierlen — allein oder unter Mitwirkung der Margarethe Stierlen — den Hals mittelst eines Halstuches zugeschnürt und hiedurch den Tod des Letzteren bewirkt, auch den Entschluß zu dieser That mit Vorbedacht gefaßt oder die Tödtung mit Vorbedacht ausgeführt zu haben?

Frage 3. (im Falle der Verneinung von Fr. 1 u. 2.)

Ist der Angeklagte schuldig, die von der Margarethe Stierlen bewirkte Tödtung des W. Stierlen, welche dieselbe mit Vorbedacht beschlossen oder mit Vorbedacht ausgeführt hat, vorsätzlich durch Mitwirkung bei der Ausführung befördert zu haben?

Frage 4. (im Falle der Verneinung von Fr. 1—3.)

Ist Hörtig schuldig, allein oder in Gemeinschaft mit der Wittwe Stierlen in unmittelbarem Interesse an der

That ohne Vorbedacht im Affekte die Tödtung des W. Stierlen beschlossen und in gleicher Gemüthsstimmung allein oder gemeinschaftlich mit der Wittwe Stierlen dem W. Stierlen den Hals mittelst eines Halstuches zugeschnürt und hiedurch den Tod desselben verursacht zu haben?

Frage 5. (im Falle der Verneinung von Fr. 1—4.)

Ist der Angeklagte schuldig, die von der Margarethe Stierlen ohne Vorbedacht im Affekte beschlossene und ausgeführte Tödtung des W. Stierlen vorsätzlich durch Mitwirkung bei der Ausführung befördert zu haben?

Die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde theils mit einer nachträglichen Anfechtung des Verweisungserkenntnisses theils durch Mängel der Fragestellung zu begründen gesucht. In ersterer Beziehung wurde unter Berufung auf den Art. 20 des Schwurgerichtsgesetzes geltend gemacht, das Verweisungserkenntniß enthalte nicht alle thatsächlichen Merkmale des zur Anklage verwiesenen Verbrechens. Die Anklage gehe auf einen im Komplott verübten Mord; in dem Verweisungserkenntnisse fehle aber ein wesentliches Merkmal des Komplottes, die gemeinschaftliche Beschlußfassung, die Verabredung unter den Theilnehmern des Verbrechens, das Verbrechen zu begehen, sofern die Anklage nur dahin formulirt sei, die Stierlen und Hörtig haben beschlossen u. s. w.

Die Einwendungen gegen die Fragestellung bezogen sich zunächst darauf, daß die von den Geschworenen bejahte Hauptfrage Abweichungen von dem Verweisungserkenntniß enthalte, und zwar in doppelter Hinsicht, einmal sofern der kaum gedachte Mangel des Verweisungserkenntnisses verbessert, und die Frage dahin gestellt worden sei, daß Hörtig in Gemeinschaft mit der Wittwe Stierlen die gemeinsame Tödtung des Wilhelm Stierlen beschlossen habe, sodann weil die Frage dahin gehe, ob der Angeklagte den Entschluß zu der That mit Vorbedacht gefaßt oder die Tödtung mit Vorbedacht ausgeführt habe, während das Verweisungserkenntniß dahin gefaßt war, er habe die

Tödtung mit Vorbedacht beschlossen und mit Vorbedacht die Tödtung bewirkt. Diese beiden Abweichungen enthalten eine unzulässige Aenderung, beziehungsweise Verbesserung und Ergänzung der Anklage, welche nur durch eine eventuelle Fragestellung hätte vorgenommen werden können; es sei sonach die in dem Verweisungserkenntniß bezeichnete That dem Ausspruch der Geschworenen nicht unterstellt, sondern eine andere Anklage erhoben worden, und somit nach Art. 193 I. 1. vgl. mit Art. 53 und 154 die Nichtigkeit des Verfahrens begründet, wofür insbesondere auf die Entscheidung des Kassationshofes in der Anklagesache gegen Pack[9] hingewiesen wurde.

Weiter wurde als Nichtigkeitsgrund die Mangelhaftigkeit und Unvollständigkeit der eventuell gestellten Fragen geltend gemacht.

Anknüpfend an das von Hörtig sowohl in der Voruntersuchung als bei der Hauptverhandlung festgehaltene Vertheidigungssystem, welches dahin ging, sich gleichzeitig als bloßen Gehilfen und als einen im Affekte Handelnden darzustellen, und an die Ausführungen des Vertheidigers, daß nach Lage der Sache nur Eines von beiden denkbar sei, entweder daß er in eigenem Interesse an der That und zugleich mit Vorbedacht gehandelt habe, oder daß er sich von der Stierlen nur im Moment der That plötzlich hinreißen ließ, ihr zu helfen, d. h. daß er Gehilfe gewesen sei und gleichzeitig im Affekte, welche letztere Unterstellung nach dem Ergebniß der Verhandlungen allein als erwiesen angesehen werden könne, während freilich Alles dafür spreche, daß die Stierlen mit Vorbedacht und in eigenem Interesse an der That gehandelt habe, wurde geltend gemacht, daß zwar die Frage 4 den Affekt des Hörtig berücksichtige, daß dieß aber nicht genüge, weil hier der Affekt zugleich mit

---

[9] Württ. Archiv Bd. III, S. 348—353. Der Fall war wohl ein anderer. Vergl. übrigens z. B. die Entscheidungen a. a. O. S. 280—291 und S. 299—303.

der Urheberschaft verknüpft sei, während in den Fragen 3 und 5, welche die Theilnahme des Hörtig als Gehilfen betreffen, gerade das wesentliche Moment für die Beurtheilung seiner Strafbarkeit, ob er als Gehilfe mit Vorbedacht oder im Affekte gehandelt habe, fehle. In dieser Beziehung wäre eine weitere Unterscheidung durch Beifügung der entsprechenden Fragen (insbesondere auf Beihilfe im Affekte zum Mord der Stierlen) erforderlich gewesen.

Endlich habe der Angeklagte mit der Behauptung, er habe sich nur einige Augenblicke an der That betheiligt und sei — zu einer Zeit als der Knabe noch lebte — aus Reue von derselben abgestanden, selbst nur eine Versuchshandlung eingeräumt, und auch in anderer Weise haben sich bei der Verhandlung Thatumstände ergeben, wornach ihm nur ein Versuch zur Last fallen würde, sofern die von dem Vertheidiger behauptete Möglichkeit, daß der Knabe bereits todt gewesen sei, als Hörtig in Folge der Aufforderung der Stierlen sich an der Erdrosselung betheiligte, wenigstens von einem der Sachverständigen auf die an ihn gestellten Fragen zugegeben worden sei.

Es wäre daher auch eine weitere eventuelle Frage in der Richtung geboten gewesen, ob dem Hörtig ein bloßer Versuch (des Mordes oder Todtschlags) zur Last falle.

Die hervorgehobene Unvollständigkeit, beziehungsweise die ganz unterbliebene Stellung der in den angedeuteten Richtungen durch die Verhandlung geboten gewesenen eventuellen Fragen begründe die Nichtigkeit des Verfahrens nach der Bestimmung des Art. 158 des Gesetzes, wobei nachzuweisen gesucht wurde, daß der Affekt bei der Tödtung als ein strafmildernder Umstand im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung aufzufassen sei, wie dieß auch durch die Entscheidung des Kassationshofes in der Anklagesache gegen Heinemann[10] insofern anerkannt sei, als dort der Mord

---

[10] Württ. Archiv Bd. VII, S. 395 ff.

im Verhältniß zum Todtschlag als Strafschärfungsgrund behandelt sei, woraus von selbst auch das Umgekehrte folge, und daß ebenso der Versuch, wenn auch nicht im Allgemeinen, doch auf Grund des Art. 1 des Gesetzes vom 17. Juni 1853 über die Wiedereinführung der Todesstrafe bei dem Verbrechen des Mords einen strafmildernden Umstand gegenüber dem vollendeten Verbrechen bilde.

Das Erkenntniß des Kassationshofes vom 3./4. Dez. 1866 lautete:

in Erwägung, daß die Nichtigkeitsklage innerhalb der gesetzlichen Frist angemeldet worden ist, sofern dieselbe, auch soweit sie gegen das Verweisungserkenntniß auf den Grund des Art. 20 des Schwurgerichtsgesetzes gerichtet wird, noch innerhalb der für die Anfechtung des Endurtheiles bestimmten Frist erhoben werden konnte,

betreffend

I. den gegen das Verweisungserkenntniß geltend gemachten, auf Art. 20 des Schwurgerichtsgesetzes sich stützenden Nichtigkeitsgrund, daß in jenem Erkenntniß das zum Thatbestand eines im Komplott verübten Mords wesentliche Merkmal eines gemeinschaftlichen Beschlusses, jenes Verbrechen zu begehen, nicht enthalten sei,

in Erwägung, daß die Anklage nach dem Verweisungserkenntniß dahin geht: Margarethe Dorothea Stierlen und Christian Lukas Hörtig haben in unmittelbarem Interesse an der That beschlossen, den Sohn der Ersteren gemeinsam zu tödten und haben in Ausführung dieses Entschlusses gemeinschaftlich demselben den Hals zugeschnürt,

daß in diesen Worten das zum Begriffe des Komplottes gehörige Merkmal der Vereinigung mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen Begehung eines Verbrechens unzweideutig ausgedrückt ist, da der den beiden Angeklagten unterstellte Beschluß der gemeinsamen Verübung der That, zumal da auch die nachgefolgte gemeinschaftliche Ausführung derselben als aus eben diesem Beschlusse hervor-

gegangen bezeichnet ist, nothwendig ein gemeinschaftlicher sein mußte, über welchen die Angeklagten sich zuvor geeinigt hatten,

erkennt der Kassationshof, daß die gegen das Verweisungserkenntniß erhobene Nichtigkeitsklage zu verwerfen sei;

II. Betreffend den auf Art. 193 I. 1. vergl. mit Art. 154 und Art. 53 Abs. 2 des Schwurgerichtsgesetzes sich stützenden Nichtigkeitsgrund, daß die an die Geschworenen gestellte Hauptfrage in wesentlichen Punkten von der Anklage abweiche, wie solche in Gemäßheit des Verweisungserkenntnisses in den Schlußworten des Anklageaktes zusammengefaßt war, indem einestheils jene Frage abweichend von diesem Erkenntnisse dahin gerichtet ist, der Angeklagte Hörtig habe „in Gemeinschaft" mit der Wittwe Stierlen die gemeinsame Tödtung des Sohnes der Letzteren beschlossen, und ferner die Hauptfrage dahin lautet, daß der Angeklagte den Entschluß zu der That mit Vorbedacht gefaßt oder die Tödtung mit Vorbedacht ausgeführt habe, während nach dem Verweisungserkenntnisse die Anklage dahin geht, die Angeklagten haben die Tödtung mit Vorbedacht beschlossen und dieselbe mit Vorbedacht ausgeführt,

in Erwägung,

daß der Art. 154 nicht vorschreibt, die Hauptfrage müsse mit den Schlußworten des Anklageaktes wörtlich gleich lauten, sondern nur so viel bestimmt, dieselbe sei auf diejenige That zu richten, welche den Gegenstand der Anklage bildet, mit den Umständen, d. h. den thatsächlichen Merkmalen, wie sie in den Schlußworten des Anklageaktes zusammengefaßt sind,

daß sodann der genannte Artikel Nichts darüber bestimmt, ob und unter welchen Voraussetzungen der Mangel der Uebereinstimmung der Hauptfrage mit dem Schlusse des Anklageaktes die Nichtigkeit des Verfahrens nach sich ziehe, wornach die Behauptung, daß die erwähnten Ab-

weichungen die Nichtigkeit der Fragestellung begründen, eigentlich dahin geht, daß dadurch eine nach Art. 53 Abs. 2 des Gesetzes unzulässige Aenderung der Anklage bewirkt worden sei, wie solches auch wirklich geltend gemacht wird,

in Betracht aber,

daß die erste der hervorgehobenen Verschiedenheiten nach dem, was schon in Betreff der Nichtigkeitsklage gegen das Verweisungserkenntniß unter Ziff. I. bemerkt worden ist, gar keine wirkliche Abweichung von diesem Erkenntniß und dem Anklageakt enthält, sondern bloß das schon in dem Verweisungserkenntnisse, wenn man den Zusammenhang desselben richtig in's Auge faßt, ausgedrückte Merkmal des gemeinschaftlichen Beschlusses noch besonders hervorhebt, wornach in dieser bloß die Wortfassung betreffenden Verschiedenheit in keinem Falle eine Aenderung der Anklage gefunden werden kann,

daß ferner auch die zweite Abweichung keine veränderte Anklage enthält, da in der Frage, ob der Angeklagte schuldig sei, den Entschluß zu der That mit Vorbedacht gefaßt oder die Tödtung mit Vorbedacht ausgeführt zu haben, auch der von dem Verweisungserkenntniß zunächst unterstellte Fall mitbegriffen war, daß er sowohl bei der Fassung des Entschlusses als bei der Ausführung mit Vorbedacht zu Werk gegangen sei, und die beschränktere Fassung des Verweisungserkenntnisses mit Recht so wie geschehen in der Frage erweitert wurde, weil auch bei einer genau an das Verweisungserkenntniß sich anschließenden Frage die Geschworenen den Vorbedacht bloß für den Zeitpunkt des Entschlusses oder für den der Ausführung, — je unter Verneinung für den anderen dieser Zeitpunkte — bejahen konnten, und in beiden Fällen nach der gesetzlichen Definition des Mordes in Art. 237 des St.G.B. die Verurtheilung wegen dieses Verbrechens ganz in gleicher Weise hätte erfolgen müssen, wie in dem Falle, wenn der Vorbedacht bei dem Entschlusse und zugleich bei der Ausführung vorhanden war,

erkennt der Kassationshof, daß auch dieser Nichtigkeitsgrund nicht zutreffe;

III. Betreffend den weiteren unter Berufung auf Art. 193 I. 1. vgl. mit Art. 158 des Gesetzes geltend gemachten Nichtigkeitsgrund, daß die auf Beihilfe zum Mord, beziehungsweise zum Todtschlag gerichteten Fragen 3 u. 5 unvollständig seien und sonach im Falle der Bejahung einer dieser Fragen das Gesetz auf die dadurch festgestellten Thatsachen nicht hätte angewendet werden können, und den hiemit im Zusammenhang zu würdigenden gleichfalls auf den Art. 158 sich stützenden ferneren Grund der Beschwerde, daß verschiedene Fragen nicht gestellt worden seien, deren Stellung nach den Verhandlungen geboten gewesen wäre, —

in Erwägung,

daß die Fragen, deren unrichtige Fassung behauptet und deren unterlassene Stellung gerügt wird, sich darauf beziehen und zu beziehen gehabt hätten, daß der Angeklagte an der That nur als Gehilfe Theil genommen, daß er im Affekt gehandelt, und sich nur eines Versuches der Tödtung schuldig gemacht habe,

daß dieses Vorbringen nicht die Behauptung von strafmildernden Umständen im Sinne des Art. 158 des Schwurgerichtsgesetzes in sich schließt, worunter nur solche Thatumstände verstanden sind, welche die Herabsetzung der durch eine anderweitig festgestellte Verschuldung an sich verwirkten Strafe begründen, und wobei immer die Bejahung derjenigen Frage vorausgesetzt wird, zu welcher die Frage wegen solcher mildernder Umstände in Beziehung steht,

daß vielmehr jenes Vorbringen die Behauptung des Vorhandenseins geringerer Schuldgrade enthält, welche nur im Falle der Verneinung der Hauptfrage hätten zur Sprache kommen können, indem durch die Feststellung, daß der Angeklagte mit Vorbedacht und als Urheber gehandelt und durch seine Handlung den zur Vollendung des Ver-

brechens erforderlichen Erfolg herbeigeführt habe, an sich schon die Annahme ausgeschlossen wird, daß er sich im Affekt befunden, der bloßen Beihilfe oder nur eines Versuches schuldig gemacht habe,

daß auf derartige eventuelle Fragen nicht der Artikel 158, sondern der Art. 155 Anwendung findet, welcher im Gegensatze zu dem, was hinsichtlich der Fragen über strafmildernde Umstände verordnet ist, an die Unterlassung der Stellung von eventuellen Fragen keine Nichtigkeit knüpft,

daß die Verschiedenheit dieser gesetzlichen Bestimmungen auch in dem Wesen der Sache begründet ist, da bei Unterlassung der Stellung einer durch die Verhandlung angezeigten Frage über strafmildernde Umstände der Angeklagte in Gefahr käme, im Falle der Bejahung der Hauptfrage eine ungerechte Strafe zu erleiden, während ein Versäumniß bei der Stellung von eventuellen Fragen diese Folge niemals nach sich ziehen kann, indem durch die Bejahung der Hauptfrage das Vorhandensein des geringeren Schuldgrades, welcher Gegenstand der eventuellen Frage hätte sein können, an sich schon verneint ist, bei Verneinung der Hauptfrage aber die unterlassene Stellung einer Frage auf eine etwaige geringere Verschuldung dem Angeklagten nur zum Vortheil gereichen kann,

in Erwägung weiter, daß wenn die unterlassene Stellung von eventuellen Fragen keine Nichtigkeit begründet, eine solche auch darin nicht gefunden werden kann, daß eine solche Frage zwar gestellt, aber unrichtig oder unvollständig gefaßt war, vorausgesetzt, daß hiedurch nicht eine unrichtige Anwendung des Gesetzes veranlaßt wurde, sondern die Frage, wie im vorliegenden Falle, in Folge der Bejahung der Hauptfrage überhaupt nicht zu beantworten war,

erkennt der Kassationshof, daß auch diese weiteren Nichtigkeitsgründe nicht zutreffen und daß sonach im Ganzen die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen sei.

6.

In der am 30. Nov. 1866 vor dem Schwurgerichtshofe zu Ellwangen verhandelten Anklagesache gegen den Eisenbahnarbeiter Giuseppe Tomasi von Povo, Bezirks Trient, wegen versuchten Todtschlags, wurden an die Geschworenen folgende Fragen gestellt:

1) Ist der Angeklagte Giuseppe Tomasi schuldig, in der Nacht vom 27./28. August d. J. in Ausführung des von ihm ohne Vorbedacht, im Affekte gefaßten Entschlusses, den Eisenbahnarbeiter Giuseppe Verzi von Campo zu tödten, in der gleichen Gemüthsstimmung demselben im Wirthshause des Joseph Köder zu Weiler, Gemeindebezirks Jagstzell, einen durch den linken Oberarm und die Achselhöhle in die linke Brustseite eindringenden Messerstich versetzt zu haben, sei es nun

a) daß er die bestimmte Absicht hatte, ihn hiedurch zu tödten, oder

b) daß dieß zum Wenigsten nicht von seinem Willen ausgeschlossen war; hat übrigens jene Verwundung wegen zufälliger, vom Willen des Tomasi unabhängiger Umstände diesen Erfolg nicht gehabt?

Antwort der Geschworenen:

Zu Frage 1 a. Nein.

Im Falle der Verneinung von Frage 1 a

zu 1 b. Ja!

Im Falle der Verneinung der Frage 1 a und b.

2) Ist der Angeklagte Giuseppe Tomasi schuldig, in der Nacht vom 27./28. August d. J. in Ausführung des von ihm ohne Vorbedacht, im Affekte gefaßten Entschlusses, den Eisenbahnarbeiter Giuseppe Verzi von Campo am Körper zu verletzen, in der gleichen Gemüthsstimmung demselben im Wirthshause des Joseph Köder zu Weiler, Gemeindebezirks Jagstzell, einen durch den linken Oberarm und die Achselhöhle in die linke Brustseite eindringenden Messerstich versetzt und ihm hiedurch eine Verwundung beigebracht zu haben, die eine vorübergehende Krankheit

und Arbeitsunfähigkeit verursachte, und hätte er diesen Erfolg seiner Handlung zum Mindesten als sehr wahrscheinlich vorhersehen können?

Antwort der Geschworenen: Ja!

Im Falle der Bejahung der Frage 1 a oder b oder der Frage 2:

3) Hat der Angeklagte bei der in Frage 1 beziehungsweise 2 geschilderten Handlung zwar im Zustande der Nothwehr gehandelt, aber die Grenzen rechtmäßiger Selbstvertheidigung wissentlich überschritten, sofern er namentlich ein gefährlicheres Vertheidigungsmittel, als nothwendig war, angewendet hat?

Antwort: Ja!

Im Falle der Bejahung der Frage 1 a oder b oder der Frage 2:

4) Ist der Angeklagte zu der in Frage 1 oder 2 bezeichneten Handlung durch besonders schwere Beleidigungen von Seiten des Giuseppe Verzi zum Zorne gereizt und auf der Stelle zur That hingerissen worden?

Antwort: Ja!

Im Falle der Verneinung der Frage 4 und der Bejahung von Frage 1 a oder b:

5) Hat Giuseppe Verzi den Angeklagten wenn auch nicht durch besonders schwere Beleidigung, doch immerhin durch beleidigendes Betragen zum Zorne gereizt?

Antwort: Ja!

Bei Zustellung der Fragen waren die Geschworenen von dem Präsidenten zu der Frage 1 über den Unterschied zwischen bestimmter und unbestimmter Absicht belehrt, und ihnen insbesondere bemerkt worden, daß sie die Frage 1 a dann zu bejahen haben, wenn sie überzeugt seien, daß der Angeklagte den Tod des Verzi bestimmt und ausschließlich gewollt habe, die Frage 1 b dann, wenn sie annehmen, daß der Angeklagte den Tod des Verzi nicht ausschließlich gewollt, aber daran gedacht habe, durch seine Handlung könne der Tod eintreten und wenn er für den Fall, daß

der Tod dadurch eintrete, dieses gebilligt und genehmigt habe.

Nur wenn sie die Absicht der Tödtung zu 1a und b verneinen, haben sie die Frage 2 über Körperverletzung zu beantworten.

Nach längerem Verweilen im Berathungszimmer ließen sich die Geschworenen melden und ihr Obmann trug, nachdem sie im Gerichtssaale erschienen waren, vor, sie möchten die Frage 1b getheilt haben und daß der letzte Absatz dieser Frage ihnen besonders zur Frage ausgesetzt werde.

Nachdem ihnen die Unzuläßigkeit dieser Theilung erklärt worden war, erwiderte der Obmann: Wir wissen nicht recht, wenn wir die Frage zu 1b mit Ja oder Nein beantworten, was die Folge davon ist. Der Präsident erklärte ihnen hierauf, daß wenn sie die Frage zu 1b mit Ja beantworten, sie damit den Angeklagten der Absicht zu tödten für schuldig erklären; wenn sie aber diese Frage mit Nein beantworten, sie denselben für nicht schuldig erklären.

Nachdem die Geschworenen auf Befragen sich mit dieser Auskunft befriedigt erklärt hatten, zogen sie sich in das Berathungszimmer zurück und es erfolgte hierauf die Beantwortung der Fragen, wie sie oben angeführt ist.

Nach Verlesung und Uebergabe des Wahrspruches bemerkte der Präsident, daß die Geschworenen die Frage 1b bejaht und auch die nur für den Fall der Verneinung dieser Frage gestellte Frage 2 bejaht haben. Da nun die Frage 2 nur für den Fall der Verneinung der Frage 1 gestellt worden, dieser Fall aber nicht eingetreten sei, so sei die Frage nicht zu beantworten gewesen und die gleichwohl erfolgte Antwort als nicht geschehen zu betrachten.

Als hierauf der Wahrspruch dem Angeklagten verkündigt werden sollte, erklärte der Vertheidiger, er stelle den Antrag, daß die Geschworenen angewiesen werden möchten, den Widerspruch, welcher in der Beantwortung der Fragen 1b und 2 liege zu beseitigen.

Der Schwurgerichtshof berieth hierüber und der Präsident verkündigte den Beschluß, wie von dem Präsidenten bereits bemerkt worden, sei die Frage 2 als nicht beantwortet anzusehen und daher ein Widerspruch nicht vorhanden, wornach der Antrag abzulehnen sei; von dem Vertheidiger wurde Verwahrung eingelegt.

Zur Erklärung über den Strafantrag des Staatsanwalts aufgefordert, bemerkte der Vertheidiger: die Geschworenen hätten nicht blos die Frage einer unbestimmten Absicht, zu tödten, sondern auch die der Körperverletzung bejaht; beides stehe im Widerspruch; es sei anzunehmen, daß sie den Angeklagten nur einer beabsichtigten Körperverletzung schuldig haben erklären wollen, da beide Absichten nicht neben einander bestehen können. Es habe demgemäß auch nur Bestrafung wegen Körperverletzung einzutreten. Der Schwurgerichtshof erkannte dem Antrage des Staatsanwalts entsprechend wegen versuchten Todtschlags in Gemäßheit der Art. 243 Abs. 1, 2 und 244 des St.G.B., Art. 10 des Ges. vom 13. Aug. 1849 auf zweijähriges Kreisgefängniß.

Die gegen das Erkenntniß erhobene Nichtigkeitsbeschwerde stützte sich zunächst auf den schon bei der Verhandlung von dem Vertheidiger geltend gemachten Widerspruch, der in der gleichzeitigen Bejahung der auf versuchten Todtschlag und vollendete Körperverletzung gerichteten Fragen liege, und nicht wie von dem Schwurgerichtshofe geschehen, durch einfache Nichtbeachtung der Antwort zu der Frage 2 habe gelöst werden dürfen. Es wurde hieraus zunächst gefolgert, da die Geschworenen, nachdem sie die Frage 1 b bejaht hatten, gleichwohl auch die Frage 2 bejahend beantwortet haben, so erscheine durch die zweite Antwort (zu Frage 2) die erste (zu 1 b) wieder aufgehoben; es sei daher nur der Ausspruch zu Frage 2 dem Erkenntnisse zu Grunde zu legen und der Angeklagte demnach blos wegen Körperverletzung zu verurtheilen.

Wäre dieser Auffassung nicht beizutreten, so läge ein

sich widersprechender Wahrspruch vor, aus dem nicht entnommen werden könne, welche Absicht — die der Tödtung oder die der Körperverletzung — die Geschworenen haben annehmen wollen. Schon bei der ersten Rückkehr der Geschworenen aus ihrem Berathungszimmer habe es sich gezeigt, daß sie völlig außer Stande gewesen seien, den Sinn der an sie gestellten Fragen zu begreifen; (schon hier sei gefragt worden, ob der Angeklagte in Beziehung auf Frage 1 b schuldig sei, wenn diese Frage mit Ja beantwortet werde, und ob er in Beziehung auf diese Frage unschuldig sei, wenn sie verneint würde.) Daraus, daß sie trotz der klaren Auseinandersetzung des Präsidenten nach Bejahung von 1b die Frage 2 dennoch bejaht haben, gehe hervor, daß sie das Verhältniß beider Fragen auch schließlich nicht verstanden haben und somit auch den Sinn der einzelnen Frage nicht haben verstehen können. Sie hätten daher zu Hebung des Widerspruches angehalten werden sollen; da dieß nicht geschehen sei, liege überhaupt keine gehörige Feststellung der Thatsachen vor, auf welche das Gesetz hätte angewendet werden können, und es sei daher die Sache unter Vernichtung des Erkenntnisses an ein anderes Schwurgericht zu verweisen.

Endlich wäre, auch wenn blos die Antwort zu Frage 1b zu Grund gelegt werden müßte, das Erkenntniß doch nichtig, weil nur die unbestimmte Absicht zu tödten bejaht sei, ein Versuch des Todtschlags aber nur bei bestimmter Absicht denkbar sei. Im Falle des sog. dolus alternativus könne es sich nie von dem Versuche des schwereren Verbrechens handeln, sondern es sei immer blos der wirklich eingetretene Erfolg gewollt. Den dolus eventualis betreffend, so lasse sich zwar bei einem Handeln mit Vorbedacht ein Versuch denken, nicht aber, wenn im Affekte gehandelt werde. Hier werde sich der Thäter der Folgen seiner Handlung überhaupt nicht deutlich bewußt; wenn daher neben dem Voraussehen möglicher Folgen der Handelnde einen anderen bestimmten verbrecherischen Vorsatz gehabt

habe, so könne in Beziehung auf jene Folgen überhaupt nicht mehr von eigentlichem dolus die Rede sein, es überwiege hier das culpose Element; wenn es nur von dem Willen des Angeklagten nicht ausgeschlossen gewesen sei, daß der Tod eintrete, so habe er denselben eigentlich nicht gewollt, es sei daher nichts Anderes eingetreten, als er gewollt habe und ein Versuch somit ausgeschlossen. Hiernach wäre der Angeklagte unter Aufhebung des Erkenntnisses des Schwurgerichtshofes freizusprechen.

Die Entscheidung des Kassationshofes vom 28/31. Dezember 1866 war folgende:

Betreffend

I. den auf Art. 193 I, 4 des Schwurgerichtsgesetzes sich stützenden Nichtigkeitsgrund, daß das Gesetz unrichtig auf die durch den Ausspruch der Geschworenen festgestellten Thatsachen angewendet worden sei, sofern nur das Verbrechen der Körperverletzung, nicht das eines versuchten Todtschlags als festgestellt anzusehen sei, und den hiemit im Zusammenhang stehenden weiteren, gleichfalls auf den Art. 193 I, 4 gestützten Grund der Beschwerde, daß, falls der Wahrspruch nicht in der eben bezeichneten Weise aufzufassen wäre, die Antworten der Geschworenen zu Ziff. 1b und 2 der an sie gestellten Fragen sich widersprechen würden und sonach überhaupt kein Ausspruch der Geschworenen vorliege, der geeignet gewesen wäre, dem Erkenntnisse des Schwurgerichtshofes als Grundlage zu dienen, —

in Erwägung,

daß die Geschworenen zunächst die auf versuchte Tödtung sich beziehende Frage 1b bejaht haben,

daß zwar weiter auch die zweite Frage, welche das Verbrechen der Körperverletzung zum Gegenstand hatte, von ihnen bejaht worden ist, obschon diese Frage nur für den Fall der Verneinung von Frage 1a und b gestellt, somit nach erfolgter Bejahung von Frage 1b überhaupt nicht mehr zu beantworten war,

daß aber hiedurch die gleichzeitig abgegebene Er-

klärung in Betreff der ersten Frage nicht zurückgenommen worden ist und auch ein etwaiger Widerspruch zwischen diesen beiden Antworten nicht zu der Folgerung berechtigen könnte, daß nur die Frage 2 als bejaht anzusehen sei, vielmehr nothwendig dazu führen müßte, jede der beiden Antworten als durch die andere wieder aufgehoben zu betrachten, — wornach in keinem Falle behauptet werden kann, daß blos die Beantwortung der Frage 2 zu gelten habe und dem Erkenntnisse zu Grunde zu legen gewesen wäre,

in Erwägung, daß es andererseits ebensowenig gerechtfertigt war, wie dieß von Seiten des Schwurgerichtshofes geschehen ist, einzig den Ausspruch zu Frage 1 b als den giltigen und die Beantwortung der zweiten Frage als nicht geschehen zu betrachten, da diese letztere Frage — wenn auch nur für den Fall der Verneinung der vorausgehenden Hauptfrage, — doch immerhin den Geschworenen vorgelegt war und es sich sonach, wenn dieselbe nach Bejahung der Frage 1 b gleichwohl noch beantwortet wurde, nicht um eine Ueberschreitung der Befugnisse der Geschworenen durch Ausdehnung des Wahrspruches auf Thatsachen, welche nicht Gegenstand der Frage waren, sondern lediglich um einen Irrthum derselben über das Verhältniß der einzelnen Fragen unter sich handelte, weßhalb es geboten gewesen wäre, den Wahrspruch der Geschworenen in seinem ganzen Zusammenhang und mit Rücksicht auf den Inhalt der sämmtlichen abgegebenen Antworten auf die gestellten Fragen zu prüfen,

in Erwägung jedoch, daß auch eine solche Prüfung zu dem Ergebnisse führt, daß in Wirklichkeit ein Widerspruch zwischen den beiden Erklärungen der Geschworenen zu der Frage 1 b und der Frage 2 nicht vorliegt, da von demjenigen, der einen Anderen in der Absicht, ihn zu tödten, durch einen Messerstich verwundet, füglich auch gesagt werden kann, er habe den Entschluß gefaßt, denselben am Körper zu verletzen und in Ausführung dieses Entschlusses

ihm eine Verletzung beigebracht, deren Folgen er hätte vorhersehen können, und da dieß zumal dann gesagt werden kann, wenn, wie in Folge der Bejahung der Frage 1b zu unterstellen, die Absicht überhaupt zunächst auf eine Körperverletzung gerichtet und nur für den Fall, daß dieselbe den Tod nach sich ziehen sollte, auch dieser weitergehende Erfolg zum Voraus gebilligt war, — wornach also ein Widerspruch in den Antworten der Geschworenen nur in dem Fall gefunden werden könnte, wenn die Frage 2 dahin gelautet hätte, der Angeklagte habe ausschließlich die Absicht gehabt, eine Körperverletzung zu bewirken,

in weiterer Erwägung,

daß bei der Vereinbarkeit der beiden Aussprüche zu Frage 1b und Frage 2 auch kein genügender Grund zu der Annahme vorliegt, daß die Geschworenen den Sinn dieser Fragen nicht richtig aufgefaßt hätten, indem das Mißverständniß, in welchem sie trotz der ihnen ertheilten ausdrücklichen Belehrung sich darüber befunden haben, daß nach Bejahung der Frage 1b die Beantwortung der Frage 2 rechtlich nicht mehr von Erheblichkeit war, — (ein Mißverständniß, welches ihnen in gleicher Weise auch hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den Fragen 4 und 5 begegnet ist) — bei nicht rechtsgelehrten Richtern erklärlich ist, aber noch nicht zu dem weiteren Schlusse berechtigt, daß sie auch den Sinn der einzelnen Fragen, abgesehen von der Erheblichkeit ihrer gleichzeitigen Beantwortung für die rechtliche Beurtheilung, nicht gehörig verstanden haben;

da ferner auch die von den Geschworenen vor Feststellung des Wahrspruchs erbetene Aufklärung über die Bedeutung der Frage 1b jene Vermuthung nicht zu begründen geeignet ist, sofern ihnen hierauf eine Belehrung ertheilt wurde, nach welcher jeder Zweifel darüber als ausgeschlossen erscheint, daß sie bei ihrer Entscheidung vollkommen darüber im Klaren waren, der Angeklagte werde durch die Bejahung der Frage 1b für schuldig erklärt, mit der Absicht zu tödten gehandelt zu haben;

in Erwägung, daß hiernach in dem Wahrspruch der Geschworenen weder ein innerer Widerspruch noch eine Dunkelheit zu finden ist, welche zu der Einleitung einer Berichtigung desselben nothwendig hätten Veranlassung geben müssen, das Erkenntniß des Schwurgerichtshofes vielmehr auf den Wahrspruch, wie er vorliegt und zwar auf die Beantwortung der Frage 1b, welcher die an sich überflüssige Beantwortung der zweiten Frage nicht entgegensteht, füglich gegründet werden konnte,

erkennt der Kassationshof, daß die erwähnten beiden Nichtigkeitsgründe nicht zutreffen.

II. Betreffend den weiteren auf Art. 193 I, 4 des Schwurgerichtsgesetzes gestützten Nichtigkeitsgrund, daß wenn auch durch den Ausspruch der Geschworenen als festgestellt anzusehen wäre, daß der Angeklagte mit der — unbestimmten — Absicht zu tödten gehandelt habe, das Gesetz gleichwohl unrichtig angewendet sei, indem nach der richtigen Ansicht der Versuch des Todtschlags immer die bestimmte Absicht der Tödtung voraussetze, nicht aber auch dann angenommen werden könne, wenn die Absicht nur alternativ oder eventuell auf Tödtung gerichtet gewesen sei,

in Erwägung,

daß unzweifelhaft ein vollendetes Verbrechen in gleicher Weise als vorsätzliches zuzurechnen ist, mag die Absicht bestimmt oder nur in alternativer oder eventueller Weise auf die Begehung desselben gerichtet gewesen sein,

daß folgerichtigerweise diese verschiedenen Formen der Absicht auch für die Annahme eines Versuches als genügend angesehen werden müssen, da der Versuch und die Vollendung sich überhaupt nicht durch die Verschiedenheit der Absicht, sondern lediglich dadurch unterscheiden, ob die Absicht vollständig verwirklicht worden ist oder nicht, und da auch im Falle eines Versuches mit blos alternativer oder eventueller Absicht immer ein weitergehender Erfolg als der wirklich eingetretene gewollt und ein auf die Hervorbringung desselben gerichtetes Handeln vorhanden war

für welches der Thäter verantwortlich ist, auch wenn nur ein geringerer rechtsverletzender Erfolg eingetreten ist,

in Erwägung, daß im vorliegenden Falle durch den Ausspruch der Geschworenen festgestellt ist, der Angeklagte habe in Ausführung des im Affekte gefaßten Entschlusses, den Eisenbahnarbeiter Verzi zu tödten, demselben einen Messerstich versetzt und er habe hiebei zwar nicht die bestimmte Absicht gehabt, den Verzi hiedurch zu tödten, es sei dieß aber wenigstens nicht von seinem Willen ausgeschlossen gewesen, — wornach also jedenfalls der Entschluß, den Verzi zu tödten, bejaht ist, welcher Entschluß nur nach dem Ausspruch der Geschworenen nicht bestimmt und ausschließlich auf die Tödtung gerichtet, sondern blos für den Fall, daß nicht eine minder schwere Folge eintreten sollte, gefaßt war;

in Erwägung, daß nach dem Angeführten diese Thatsachen hinreichen, um den Angeklagten wegen eines versuchten Todtschlags verurtheilen zu können, das Gesetz sonach auf dieselben richtig angewendet worden ist,

erkennt der Kassationshof,

daß auch dieser weitere Nichtigkeitsgrund nicht zutrifft, und daß sonach im Ganzen die von dem Angeklagten erhobene Nichtigkeitsklage zu verwerfen sei.

7.

In der Nichtigkeitsklage des Kommissionärs Carl Angele von Schelklingen gegen das wider denselben ergangene Verweisungserkenntniß des Kriminalsenates des K. Gerichtshofes in Ulm vom 28. Nov. 1866 wegen Betruges kam, da die Nichtigkeitsklage zwar rechtzeitig angemeldet, eine Ausführung derselben aber innerhalb der in Art. 26 des Ges. bestimmten Frist nicht eingereicht worden war, bei dem Kassationshofe die Frage zur Erörterung, ob die Versäumung der Frist zu Ausführung der gegen ein Verweisungserkenntniß erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde den Verlust des Rechtsmittels zur Folge

habe?[11] Durch Beschluß vom 20. Febr. 1867 wurde — entsprechend der bisherigen Praxis, wornach in solchen Fällen, auch wenn keine Ausführung der Beschwerde eingekommen war, doch regelmäßig die Anberaumung einer Tagfahrt zur öffentlichen Verhandlung über die Nichtigkeitsklage Statt gefunden hatte —[12] die Frage in verneinendem Sinne entschieden, da in Art. 26 des Ges. nur die Frist für die Anmeldung als eine zerstörliche bezeichnet, für den Fall der Versäumung der Frist zur Ausführung der Beschwerde dagegen ein Rechtsnachtheil nicht angedroht ist, da es trotz der in Art. 213 enthaltenen Hinweisung auf Art. 198 mindestens zweifelhaft ist, ob die Bestimmung des Art. 212 Abs. 1 sich blos auf Nichtigkeitsklagen gegen Enderkenntnisse beziehen sollte und da nach mehrfachen früheren Entscheidungen des Kassationshofes[13] die Anfechtung eines Verweisungserkenntnisses auf den Grund des Art. 20 ohnedieß nicht an die Fristen des Art. 26 gebunden erscheine.

8.

Bezüglich der Behandlung von Gesuchen um Wiederaufnahme der Untersuchung, welche mit der Behauptung des Meineids von Belastungszeugen begründet werden, ist durch den Beschluß des Kassationshofes vom 9. Juni 1856 (Archiv Bd. IV, S. 21—24) angeordnet, daß derartig begründete Gesuche zunächst als Anzeige eines Verbrechens dem zuständigen Untersuchungsgerichte zu übergeben seien und wenn dieses keinen Grund finde, eine Voruntersuchung einzuleiten, oder wenn letztere nur die Einstellung des Verfahrens zur Folge habe, der Staatsanwalt solches dem

---

[11] vgl. Code d'instr. Art. 296, 299, 300; großherzogl. hess. Ges. v. 28. Okt. 1848 Art. 261, 262.

[12] Sarwey, Monatschr. Bd. XVII, Suppl. zu Abth. II, S. 10 u. 11.

[13] Sarwey, Monatschr. Bd. XVII, Suppl. zu Abth. I, S. 9, S. 15—16; Württ. Archiv Bd. III, S. 301.

Betreffenden zu eröffnen und erst wenn derselbe gleichwohl bei dem Verlangen, einen Bescheid auf sein Gesuch zu erhalten beharre, die Akten dem Kassationshofe vorzulegen habe. Es entstand nun aber die Frage, ob darüber, daß zu Einleitung einer Untersuchung kein Grund vorliege, von dem Untersuchungsgerichte endgiltig zu beschließen sei, oder ob dießfalls, wie bei der Einstellung des Verfahrens nach Einleitung einer Voruntersuchung, eine Beschlußfassung der Anklagekammer einzutreten habe und ob zu Herbeiführung einer solchen Beschlußfassung, welche mehrere Kriminalsenate wegen Unzuständigkeit ablehnten, im Falle des Beharrens auf einem Bescheide des Kassationshofes von von diesem Einleitung zu treffen sei. In einigen früheren Fällen (Archiv Bd. VII, S. 283, 394) wurde diese Frage verneint, weil der Kassationshof sich jedenfalls nicht als mit einer Beschwerde angerufen betrachtete. In mehreren neuerdings vorgekommenen Fällen wurde anders entschieden.

Der durch Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Ellwangen vom 4. Okt. 1865 wegen Todtschlags zu zehnjähriger Zuchthausstrafe verurtheilte frühere Waldschütz Hermann Vetter von Heubach, O.A. Gmünd, hatte nach Zurückweisung eines nicht genügend begründeten Gesuches um Wiederaufnahme des Verfahrens am 8. April 1867 dieses Gesuch mit dem Vorbringen, daß gewisse Belastungszeugen falsch geschworen haben, erneuert, und zunächst die Einleitung einer Untersuchung gegen diese Zeugen verlangt. Nachdem das Oberamtsgericht Ellwangen am 31. August 1867 beschlossen hatte, eine Untersuchung wegen Meineids nicht einzuleiten und der Kriminalsenat des Gerichtshofes in Folge der bei ihm bestehenden Praxis die Prüfung dieses Beschlusses zurückgewiesen hatte, wurde dem Vetter im Auftrag der Staatsanwaltschaft am 19. Sept. 1867 eröffnet, daß hiernach ein Grund zur Wiederaufnahme der Untersuchung nicht vorliege, worauf derselbe erklärte, er bestehe darauf, daß eine Wiederaufnahme der Untersuchung

durch den Kassationshof verfügt und zu diesem Behuf die Akten vorgelegt werden.

Es erging hierauf am 15. Januar 1868 folgender Beschluß:

in Erwägung, daß das Gesuch um Wiederaufnahme der Untersuchung zum Theil gar nicht auf einen der Gründe gestützt ist, aus welchen allein nach dem X. Titel des Schwurgerichtsgesetzes jenes Gesuch angestellt werden kann, daß dieß vielmehr nur insofern der Fall ist, als der Verurtheilte mehrere in seiner Anklagesache vernommene Zeugen eines zu seinen Lasten abgelegten Meineids beschuldigt hat, daß übrigens dem an diese Beschuldigung geknüpften Antrag auf strafgerichtliche Verfolgung gedachter Zeugen nicht entsprochen worden ist,

in weiterer Erwägung, daß die hierauf bezügliche Erklärung des Verurtheilten vom 19. Sept. v. J. als eine bei dem Kassationshofe gegen die Anklagekammer in Ellwangen angebrachte Beschwerde wegen gesetz- und ordnungswidrigen Verfahrens aufzufassen ist, weil der Verurtheilte, indem er unter gleichzeitiger Anrufung des Kassationshofes auf seiner Bitte um Wiederaufnahme der Untersuchung beharrte, nur die Absicht haben kann, das Hinderniß zu beseitigen, welches seinem Gesuche durch die Ablehnung der Einleitung einer Untersuchung gegen jene Zeugen und zwar insofern von der Anklagekammer zu Ellwangen in den Weg gelegt worden ist, als dieselbe auf den Grund der von ihr angenommenen und von der Staatsanwaltschaft für den Jaxtkreis nicht angefochtenen Auslegung der Art. 9 ff. des Schwurgerichtsgesetzes nicht zu bewegen gewesen war, sich mit einer Prüfung der Frage, ob die Einleitung einer Untersuchung gegen die beschuldigten Zeugen begründet sei, zu befassen,

in weiterer Erwägung, daß eine Beschwerde des Verurtheilten in dieser Richtung als statthaft erscheint, weil er das Recht hat, zu verlangen, daß die von ihm zu Begründung seines Gesuches um Wiederaufnahme der Unter-

suchung gegen mehrere Belastungszeugen erhobene Beschuldigung des Meineids von der zuständigen Gerichtsstelle unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften geprüft werde,

in Erwägung endlich, daß die Weigerung der Anklagekammer in Ellwangen, sich der erwähnten Prüfung zu unterziehen, den Art. 8 ff. des Schwurgerichtsgesetzes zuwiderlauft, weil, obschon keine ausdrückliche Bestimmung darüber vorliegt, daß auch der Beschluß, eine Untersuchung nicht einzuleiten, in schwurgerichtlichen Fällen von den Anklagekammern auszugehen habe, obschon sonach der Gesetzgeber diesen Fall übersehen zu haben scheint und obschon es zu Abkürzung der Prozesse dienen würde, diesen Beschluß endgiltig demjenigen Richter zuzuweisen, welcher nach Art. 62 der Strafprozeßordnung über die Einleitung einer Untersuchung zu entscheiden hat, doch der Grund, aus welchem in kreisgerichtlichen Straffällen die Einstellung einer eröffneten Voruntersuchung von der Genehmigung des Kreisgerichtes abhängig gemacht worden ist, und welcher auch für die Bestimmungen der Art. 9 ff. des Schwurgerichtsgesetzes maßgebend sein mußte, nämlich die Beaufsichtigung der Bezirksgerichte im Interesse der Rechtspflege mindestens in demselben Grade auf den der Hauptsache nach gleichen Fall der Kognition über eine Anzeige von Verbrechen, welche dem Bezirksgerichte keinen Anlaß zu Eröffnung einer Voruntersuchung gegeben hat, paßt, weil sonach die Bestimmungen über Einstellung einer Untersuchung analoge Anwendung auf den Fall der Nichteinleitung einer Untersuchung wegen eines angezeigten Verbrechens finden müssen,

beschließt der Kassationshof,

1) das wiederholte Gesuch des Verurtheilten Vetter um Wiederaufnahme der gegen ihn anhängig gewesenen Untersuchung theils als ein unstatthaftes theils als ein zur Zeit nicht begründetes zu verwerfen,

2) auf den Grund der in diesem Gesuche enthaltenen

Beschwerde über die prozessualische Behandlung seines Antrags auf strafgerichtliche Verfolgung mehrerer gegen ihn vernommener Belastungszeugen wegen Meineids zu verfügen, daß die Anklagekammer für den Jaxtkreis nach Vorschrift der Art. 9 ff. des Schwurgerichtsgesetzes zu prüfen habe, ob jenem Antrage Statt zu geben sei oder nicht. [14]

9.

In der Anklagesache gegen den Kommissionär Peter Sattler von Söflingen, Oberamts Ulm, u. Gen. wurde durch Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Ulm vom 11. Januar 1868 der Hauptangeklagte Sattler wegen drei versuchter Betrügereien zu dreijähriger Arbeitshausstrafe und unter Anderem sodann der Kürschner Carl Mangold von Ulm wegen Beihilfe zu versuchtem Betrug gemäß Artikel 352 Abs. 2, Art. 322 Ziff. 4 d. St.G.B., Art. 10 u. 13 des Ges. vom 13. Aug. 1849, Art. 3 des Ges. vom 14. Apr. 1855 zu der Arbeitshausstrafe von sechs Monaten verurtheilt.

Die hieher bezügliche, von den Geschworenen einfach bejahte Frage ging in Betreff des Angeklagten Sattler dahin:

Ist der Angeklagte schuldig, mit der Absicht, sich zum Nachtheil der Rechte Anderer, nämlich der hiernach bezeichneten Personen, durch Täuschung unerlaubte Vortheile in den weiter unten bezeichneten Beträgen zu verschaffen,

---

[14] Die gleichen Grundsätze kamen in mehreren anderen Fällen zur Anwendung: so bei dem durch Beschluß vom 18. März 1868 erledigten Gesuche des Krämers Anton Schmucker von Scheer, O.A. Saulgau, um Wiederaufnahme der wegen Mords gegen ihn geführten Untersuchung — in einem Beschlusse vom gleichen Tage aus Anlaß eines gleichen Gesuches des wegen Nothzucht verurtheilten Jakob Grau von Adolzfurth, O.A. Oehringen, in dem Beschlusse des Kassationshofes vom 31. März 1868, betreffend ein Revisionsgesuch des wegen Brandstiftung verurtheilten Bierbrauers Anton Härle von Winterstettendorf, O.A. Waldsee.

1) die Wilhelmine Osterhorn in Kempten dadurch, daß er in Folge eines zum Schein mit ihr eingegangenen Vertrages sich derselben gegen die Zusicherung eines Mäcklerlohnes von 1000 fl. verstellter Weise verbindlich erklärte, deren in Halde bei Kempten gelegenes Hofgut binnen eines bestimmten Termines zum Verkaufe zu bringen, am 24. Oktbr. 1864 zur Annahme eines von ihm auf sie gezogenen, am 1. Dez. desselben Jahres fälligen Wechsels im angeführten Betrage bewogen und den also erschlichenen Wechsel, nachdem er zuvor noch den Anton Dietmann und Carl Mangold oder einen Anderen der Osterhorn zum Scheine als Kaufsliebhaber vorgeführt hatte, mit Vorschiebung des Anton Dietmann und des Anton Eierstock als Indossatare bei dem K. bayerischen Handelsgerichte Kempten zur Einklagung gebracht zu haben, ohne jedoch hiedurch — übrigens nur wegen von seinem Willen unabhängiger Umstände — in den Besitz der bereits mit Erfolg erstrittenen Wechselsumme gelangt zu sein?

Den Angeklagten Carl Mangold betreffend war die Frage gestellt worden:

Ist der Angeklagte Mangold schuldig, nachdem Sattler, sei es allein oder in Verbindung mit Dietmann, in der Absicht, sich zum Nachtheile der Rechte der Wilhelmine Osterhorn in Kempten durch Täuschung, einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen, die Osterhorn dadurch, daß er in Folge eines zum Scheine mit ihr eingegangenen Vertrages sich derselben gegen die Zusicherung eines Mäcklerlohnes von 1000 fl. verstellter Weise verbindlich erklärt, deren in Halde bei Kempten gelegenes Hofgut binnen eines bestimmten Termins zum Verkaufe zu bringen, am 28. Okt. 1864 zur Annahme eines von ihm auf sie gezogenen, am 1. Dez. fälligen Wechsels im angeführten Betrage bewogen, — diese Handlungsweise des Sattler, — der jedoch, übrigens nur wegen von seinem Willen unabhängiger Umstände, in den Besitz der später mittelst einer Wechselklage erstrittenen Summe nicht gelangt ist, — vorsätzlich dadurch befördert

zu haben, daß er bei Wilhelmine Osterhorn sich gegen die Wahrheit als einen von Frankfurt zugereisten Kaufsliebhaber von Sattler vorstellen ließ, und sich den Schein gab, als wolle er in dieser Eigenschaft mit ihr in Unterhandlungen treten?

Die Antwort der Geschworenen auf diese letztere Frage lautete:

Ja, mit dem Beisatz, daß Mangold die Größe des dem Sattler versprochenen Honorars nicht gekannt habe.

Die Verhandlungen hatten allerdings keinen Anhaltspunkt dafür gegeben, daß der Angeklagte Mangold von dem Betrag des dem Sattler versprochenen Honorars, überhaupt von den zwischen diesem und der Osterhorn getroffenen Verabredungen unterrichtet war. Mangold selbst nämlich hatte überhaupt jede Betheiligung an dem Betruge in Abrede gezogen; er wollte gar nicht die Person gewesen sein, welche Sattler nach Kempten gebracht und dort als Kaufsliebhaber vorgestellt hatte. Sattler andererseits behauptete zwar, dieser Kaufsliebhaber sei Mangold gewesen, versicherte aber, derselbe habe von dem zwischen ihm und der Osterhorn bestehenden Vertragsverhältnisse Nichts gewußt und aus den Zeugenaussagen konnte ebenso wenig entnommen werden, daß in Gegenwart des Mangold von dem dem Sattler versprochenen Honorar die Rede gewesen wäre.

Mit Rücksicht auf den erwähnten Beisatz wurde zunächst, nachdem der Wahrspruch von dem Obmann der Geschworenen verlesen und dem Präsidenten übergeben worden war, von dem Staatsanwalt ausgeführt, die Bejahung der Frage lasse zwar keinen Zweifel darüber, daß die Geschworenen den Mangold der Beihilfe zu dem Betrugsversuche des Sattler schuldig erklärt haben, dagegen könne der Beisatz es als zweifelhaft erscheinen lassen, ob die Geschworenen überhaupt die Kenntniß *jedes* Betrages oder nur eines solchen von 1000 fl. bei dem Angeklagten Mangold haben verneinen wollen, während je nach der

Größe dieses Betrages, zu dessen Erlangung Mangold habe Beihilfe leisten wollen, den Bestimmungen des Strafgesetzbuches zufolge die Strafe sehr verschieden sei; der Staatsanwalt stellte hiernach den Antrag:

Der Präsident möge die Geschworenen mit den Bestimmungen des Art. 322 des St.G.B. über die Abstufungen der Beträge, nach denen sich beim Diebstahl und Betrug die Strafe richte, bekannt machen und dieselben hiernächst auf Grund des Art. 169 des Schwurgerichtsgesetzes veranlassen, in ihr Berathungszimmer zurückzukehren und, um die Dunkelheit und Unvollständigkeit des Wahrspruchs zu beseitigen, sich noch über die Größe des rechtswidrigen Vortheils, zu dessen Erstrebung der Angeklagte Mangold Beihilfe geleistet, beziehungsweise habe leisten wollen, bestimmter auszusprechen.

Der Präsident schickte sich an, diesem Antrag zu entsprechen, indem er die Geschworenen mit den Bestimmungen des Art. 322 des St.G.B. bekannt machte und ihnen eröffnete, daß sie noch in bestimmter Weise über die Größe des Honorars, um dessen Erlangung es sich (nach der Ansicht des Angeklagten Mangold) gehandelt, auszusprechen haben. Nun aber protestirte der Vertheidiger des Mangold dagegen, daß die Geschworenen zu einer Erläuterung ihres Wahrspruchs veranlaßt werden, indem er behauptete, der Wahrspruch sei weder undeutlich noch unvollständig, es sei ausgesprochen, daß der Angeklagte Mangold um die Größe des betrüglich erstrebten Honorars und somit um den Betrag des versuchten Betruges gar Nichts gewußt habe und es sei hiernach auf Freisprechung des Mangold zu erkennen, da ein Betrug ohne Werthsbetrag rechtlich nicht zur Bestrafung kommen könne.

Der Gerichtshof zog sich sofort zur Berathung über die in Betreff des Wahrspruchs erhobenen Anstände zurück und gelangte hiebei zu der Auffassung,

durch die Bejahung der Frage sei jedenfalls ausgesprochen: Mangold hat Beihilfe geleistet zu dem von

Sattler versuchten Betruge. Wenn die Geschworenen sodann auch durch den Beisatz eine bestimmte Kenntniß der Größe des von Sattler erstrebten Honorars auf Seiten des Mangold verneint haben, so sei damit gegenüber von Mangold weder die Kenntniß der Thatsache, daß dem Sattler überhaupt ein Honorar versprochen gewesen, verneint, noch auch bejaht, daß er sich irgend einen bestimmten geringeren Betrag des Honorars als den von Sattler erstrebten gedacht habe. Demgemäß erscheine der Beisatz rechtlich darum nicht von erheblicher Bedeutung, weil Mangold, nachdem er durch die Bejahung der Frage der Beihilfe zu dem in der Frage beschriebenen Betruge des Sattler im Allgemeinen für schuldig erklärt sei, rechtlich auch für die nach der Auffassung des Beisatzes wenigstens eventuell in seinem Willen gelegene Größe desjenigen Betrages, den Sattler betrügerisch erstrebt, verantwortlich sei.

Es wurde hiernach beschlossen:

den Wahrspruch der Geschworenen, den Angeklagten Mangold betreffend, dahin aufzufassen, daß Mangold der Beihilfe zu dem versuchten Betruge des Angeklagten Sattler im Betrage von 1000 fl. schuldig erklärt sei, und hiebei den Beisatz als rechtlich nicht von erheblicher Bedeutung zu betrachten, denselben jedoch bei der Strafbemessung strafmindernd zu berücksichtigen.

Nachdem dieser Beschluß in öffentlicher Sitzung verkündigt worden war, erfolgte die Unterzeichnung des Wahrspruchs durch den Präsidenten und den Gerichtsschreiber und sofort die Verkündigung desselben an den Angeklagten.

Zur Stellung seines Strafantrags aufgefordert, erklärte der Staatsanwalt, daß seiner Ansicht nach auf den bezüglich des Angeklagten Mangold vorliegenden dunkeln, beziehungsweise unvollständigen Wahrspruch ein Strafgesetz nicht angewendet werden könne, daher ihm nichts übrig bleibe, als dessen Freisprechung zu beantragen.

Der Vertheidiger des Mangold schloß sich diesem Antrag an, indem er ausführte, der Gehilfe sei nur insoweit

strafbar, als er die That des Urhebers gekannt habe; die Geschworenen seien offenbar der Ansicht, Mangold habe nicht gewußt, daß es sich um ein Honorar von so hohem Betrage, wie 1000 fl. handle, somit könne derselbe auch nicht wegen Beihilfe zu einem Betruge von 1000 fl. bestraft werden. Da aber wegen eines geringeren Betrages keine Frage an die Geschworenen gestellt worden sei, sie somit auch nicht in der Lage waren, sich über einen solchen geringeren Betrag auszusprechen, und sonach gar kein bestimmter Betrag bejaht sei, so erscheine der Antrag des Staatsanwalts als der einzig richtige.

Der von dem Schwurgerichtshofe bereits verkündigte Beschluß, den Beisatz als unerheblich zu betrachten, sei kein Hinderniß. Erst nach Verkündigung des Wahrspruchs an den Angeklagten sei der Schwurgerichtshof verpflichtet, beziehungsweise berechtigt gewesen, an den Wahrspruch den Maßstab des Gesetzes anzulegen. Der vor diesem Zeitpunkt gefaßte und verkündigte Beschluß sei daher ungiltig und könne den Gerichtshof nicht binden, wenn er jetzt zu der Ueberzeugung gelange, daß der übereinstimmende Antrag des Staatsanwalts und der Vertheidigung gerechtfertigt sei.

Der Gerichtshof erließ jedoch, auf seiner Ansicht beharrend, das Eingangs erwähnte, den Angeklagten Mangold verurtheilende Erkenntniß, gegen welches von dessen Vertheidiger die Nichtigkeitsklage angemeldet wurde.

Dieselbe stützte sich in erster Linie auf die Behauptung, daß von dem Schwurgerichtshofe das Gesetz unrichtig angewendet worden sei.

Anknüpfend an das Ergebniß der Verhandlungen und die Behauptung der Vertheidigung, daß gegen den Angeklagten Mangold jedenfalls die wissentliche Beförderung eines auf den bedeutenden Betrag von 1000 fl. gerichteten Betrugsversuches nicht als erwiesen angenommen werden könne, wurde ausgeführt, daß die Geschworenen den Angeklagten zwar der Beihilfe zu einem Betrugsversuche für

schuldig haben erklären wollen, zugleich aber ausgesprochen haben, daß er für einen Betrugsversuch im Betrage von 1000 fl. nicht verantwortlich sei. Die Auslegung des Gerichtshofes sei nicht haltbar. Daraus, daß ein bestimmter geringerer Betrag nicht bejaht worden sei, folge nicht, daß der höhere Betrag nicht verneint sei; vielmehr sei gar kein Betrag festgestellt. Einen geringeren Betrag überhaupt festzustellen, haben die Geschworenen in Ermanglung einer eventuellen Frage keine Veranlassung gehabt: vielmehr habe die Fassung der Frage, welche den Thatbestand des Hauptverbrechens nur in historischer Form anführe, sie zu der Ansicht verleiten müssen, daß sie hierüber gar nicht zu entscheiden haben. Andererseits könne auch nicht aus der Bejahung der ganzen Frage geschlossen werden, daß auch in Beziehung auf den Betrag von 1000 fl. ein Schuldig vorliege: dieß wäre nur richtig, wenn im andern Falle die ganze Frage hätte verneint werden müssen. Die Ansicht des Gerichtshofes bezüglich des eventuellen dolus beruhe auf einer künstlichen Schlußfolgerung, an welche gewiß die Geschworenen nicht gedacht haben, und welche daher auch nicht in den Wahrspruch hineingetragen werden dürfe. Jedenfalls sei nicht zu erweisen, daß die Geschworenen an diese Folgerung gedacht und damit ausgesprochen haben, Mangold würde zu dem Verbrechen geholfen haben, auch wenn er sich einen so hohen Betrag als Gegenstand des Betrugsversuches gedacht hätte. Das Urtheil des Schwurgerichtshofes sei daher aufzuheben und da es an jeder Feststellung über den Betrag des Betrugsversuches, welchen der Gehilfe habe unterstützen wollen, fehle, und somit die Anwendung des Strafgesetzes überhaupt unmöglich sei, so müsse auf Freisprechung erkannt werden.

Von Seiten des Generalstaatsanwalts, welcher sich für die Aufrechterhaltung des erstrichterlichen Urtheils aussprach, wurde eventuell, wenn der Wahrspruch als dunkel befunden würde, die Zurückweisung der Sache an den Schwurgerichtshof beantragt.

Von dem Vertheidiger wurde noch, übrigens nur für den Fall der Verwerfung des zunächst aufgestellten Nichtigkeitsgrundes als weiterer Nichtigkeitsgrund geltend gemacht, daß der Präsident und der Gerichtsschreiber den Wahrspruch nicht unmittelbar nach dessen Uebergabe durch den Obmann, sondern erst nachdem der Gerichtshof sich zur Berathung zurückgezogen hatte, unterzeichnet haben (Art. 168 d. Ges.). Auch habe der Präsident es unterlassen, gemäß der Vorschrift des Art. 169 Abs. 4 die Geschworenen in ihr Berathungszimmer zurückzuweisen, während der Gerichtshof über die in dem Wahrspruche gefundenen Anstände berathen habe.

Der Kassationshof erließ unterm $\frac{\text{28. Febr.}}{\text{4. März}}$ 1868 folgendes Erkenntniß:

Betreffend die in erster Linie geltend gemachte, auf Art. 193 I, 4 des Schwurgerichtsgesetzes sich gründende Beschwerde: daß der Schwurgerichtshof auf die durch den Ausspruch der Geschworenen festgestellten Thatsachen das Gesetz unrichtig angewendet habe, sofern ein Betrag des Betrugsversuches, zu welchem der Angeklagte Beihilfe geleistet zu haben für schuldig erklärt wurde, nicht festgestellt sei —

in Erwägung, daß der Angeklagte Mangold durch den Wahrspruch der Geschworenen zwar für schuldig erklärt worden ist, den Betrugsversuch des Hauptangeklagten Sattler, bei welchem es dieser auf Erlangung einer Summe von 1000 fl abgesehen hatte, durch seine Mitwirkung bei Ausführung der That vorsätzlich befördert zu haben, daß aber durch den diesem Wahrspruche beigefügten beschränkenden Beisatz zugleich verneint ist, der Angeklagte Mangold habe von der Summe Kenntniß gehabt, deren betrügliche Erlangung Sattler bezweckte,

in Erwägung, daß in diesen von den Geschworenen festgestellten Thatsachen die vorsätzliche Beförderung eines auf die Summe von 1000 fl., oder überhaupt auf eine

den Betrag von 500 fl. übersteigende Summe gerichteten Betrugsversuches nicht gefunden werden kann, sofern ein bestimmter Vorsatz, einen Betrugsversuch in jenem Betrage zu unterstützen, ausdrücklich verneint, und ebensowenig bejaht ist, daß der Angeklagte Mangold, wenn er auch von der Summe, die der Thäter erlangen wollte, keine Kenntniß hatte, mit dem unbestimmten Vorsatz gehandelt habe, einen Betrugsversuch in jedem Betrage, den etwa der Thäter im Auge habe, zu befördern — wornach von dem Schwurgerichtshofe, indem derselbe gegen den Angeklagten Mangold Beihilfe zu einem unter die Strafbestimmung des Art. 322 Ziff. 4 des St.G.B. fallenden Betrugsversuche als festgestellt angenommen hat, das Gesetz unrichtig auf die von den Geschworenen als erwiesen erklärten Thatsachen angewendet worden ist;

in weiterer Erwägung, daß es in Ermanglung der Stellung der geeigneten eventuellen Fragen, welche schon von Anfang an, jedenfalls aber, nachdem die Geschworenen die ihnen vorgelegte Frage mit dem erwähnten beschränkenden Beisatz beantwortet hatten, geboten gewesen wären, nicht minder an einem Ausspruch darüber fehlt, in welchem Betrage sonst der Angeklagte Mangold einen Betrugsversuch befördern wollte, wornach es, obschon derselbe im Allgemeinen der Beihilfe zu einem Betrugsversuche schuldig erklärt ist, nicht möglich ist, zu entscheiden, ob ihm Beihilfe zu einem überhaupt strafbaren Betrugsversuche zur Last fällt und, wenn dieß der Fall wäre, welche Strafbestimmungen auf ihn Anwendung zu finden haben,

in Betracht, daß der hervorgehobene, auf der Unterlassung der Stellung von Aushilfsfragen beruhende Mangel der Fragestellung auch nachträglich nicht mehr gehoben werden kann und daher Nichts übrig bleibt, als den Angeklagten von der Anklage eines strafbaren Betrugsversuches freizusprechen, wornach auch der weitere, auf Art. 193 I. 1. vergl. mit Art. 168 des Schwurgerichtsgesetzes gestützte,

ausdrücklich nur eventuell geltend gemachte Nichtigkeitsgrund nicht mehr zu würdigen ist,

erkennt der Kassationshof,

daß das den Angeklagten Carl Mangold betreffende Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Ulm vom 11. Januar d. J. als nichtig aufgehoben und derselbe von der Anklage der Beihilfe zu versuchtem Betruge, unter Entbindung von der Verpflichtung zum Ersatze der ihm durch jenes Erkenntniß zugeschiedenen Prozeßkosten, freigesprochen sein solle.

10.

Auf die Beschwerde des in der Anklagesache gegen Georg Geith von Schallerwöhrmühle in Bayern wegen Tödtung als Zeuge vernommenen Schultheißen Ilg von Unterdeufstetten gegen einen Beschluß des Schwurgerichtshofes in Ellwangen, wodurch an den ihm berechneten Zeugengebühren ein theilweiser Durchstrich verfügt worden war, beschloß der Kassationshof, an welchen sich der Beschwerdeführer gewendet hatte, nachdem von dem Kriminalsenate in Ellwangen ein Repassirungsgesuch wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen worden war — am 18. März 1868,

in Erwägung, daß eine Beschwerde gegen Verfügungen der Schwurgerichtshöfe über die Berechnung der Zeugengebühren u. s. w. zulässig und zu deren Entscheidung nur der Kassationshof als zuständig erscheint,

in weiterer Erwägung, daß wenn auch an sich der Beschwerdeführer, welcher nicht in seiner amtlichen Eigenschaft als Schultheiß über amtliche Gegenstände auszusagen gehabt hat, bloß die einfachen Zeugengebühren anzusprechen hätte, doch solche besondere Verhältnisse vorlagen, unter denen er die Reise von seinem Wohnsitze an den Sitz des Schwurgerichtshofes zu machen hatte, welche nach §. 8 der K. Verordnung vom 4. Januar 1844 die Bewilligung einer höheren Reiseentschädigung rechtfertigen u. s. w. —

den von dem Schwurgerichtshofe beschlossenen Durchstrich aufzuheben und den Wiederersatz des gestrichenen Betrages anzuordnen.[15]

11.

Der Rothgerber Gottlob Fink von Möckmühl, OAmts Neckarsulm, welcher durch Verweisungserkenntniß des Kriminalsenates des K. Gerichtshofes in Eßlingen vom 28. Januar 1868 wegen Brandstiftung und versuchten Betrugs in den Anklagestand versetzt worden war, hatte gegen dieses Erkenntniß am 12. Februar dess. J. die Nichtigkeitsklage angemeldet, dieselbe aber in der Folge durch seinen Vertheidiger zurücknehmen lassen, und wurde hierauf, nachdem die Geschworenen die wegen Brandstiftung gestellten Fragen verneint hatten, durch Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Ludwigsburg vom 31. März 1868 wegen versuchten Betrugs zu der Arbeitshausstrafe von zwei Jahren und acht Monaten verurtheilt. Er meldete gegen dieses Erkenntniß rechtzeitig die Nichtigkeitsklage an; eine Rechtfertigungsschrift kam jedoch innerhalb der im Art. 198 des Gesetzes bestimmten Frist nicht ein. Da der Vertheidiger, welcher dem Fink bei der schwurgerichtlichen Verhandlung zur Seite gestanden war, es ablehnte, ihn auch vor dem Kassationshofe zu vertreten, so wurde dem Beschwerdeführer eröffnet, daß er als verhaftet nach Art. 210 Abs. 2 nicht verlangen könne, an der Verhandlung vor dem Kassationshofe Theil zu nehmen, und da ein Grund, ihm für diese Verhandlung einen Offizialvertheidiger zu bestellen, nicht vorliege, es seine Sache sei, für seine anderweitige Vertretung Sorge zu tragen, wobei ihm zugleich über den Inhalt der Art. 212 und 213 des Schwurgerichtsgesetzes Belehrung ertheilt wurde. Er übergab hierauf, nachdem er sich behufs seiner Vertretung vor dem Kassationshofe erfolglos an verschiedene öffentliche Rechtsanwälte gewendet

---

[15] Vergl. Archiv Bd. IV, S. 33.

hatte, noch vor dem für die öffentliche Verhandlung festgesetzten Termine eine von ihm selbst verfaßte Schrift, worin er erklärte, die Nichtigkeitsklage darauf stützen zu wollen, daß mehrere von ihm namentlich bezeichnete Zeugen nicht auf die Zeugenliste gesetzt und vor dem Schwurgerichte nicht vernommen worden seien, obgleich er bei Eröffnung des Verweisungserkenntnisses zu Protokoll erklärt habe, daß er die Vorladung dieser Zeugen verlange.

In der Verhandlung am 6. Mai 1868 machte der Generalstaatsanwalt geltend, daß die Rechtfertigungsschrift des Nichtigkeitsklägers erst am 1. Mai bei dem Kassationshofe eingekommen sei, nachdem schon am 25. April die Akten von dem Generalstaatsanwalt dem Präsidenten behufs der Anberaumung des Termins zur öffentlichen Verhandlung vorgelegt worden seien, und daß sonach die Rechtfertigungsschrift gemäß der Bestimmung des Art. 208 des Gesetzes nicht mehr zu berücksichtigen sei. Da auch bei der Verhandlung selbst ein Vertreter des Nichtigkeitsklägers nicht erschienen sei, eine Prüfung vom Amtswegen aber nicht stattzufinden habe, so wurde beantragt, die Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrunds abzuweisen.

Der Kassationshof erließ am 6./11. Mai 1868 folgendes Erkenntniß:

in Erwägung, daß die gesetzliche Frist zur Anmeldung der Nichtigkeitsklage gewahrt ist,

in fernerer Erwägung, daß zwar der Angeklagte die Gründe seiner Nichtigkeitsklage nicht innerhalb der in Art. 198 und 208 des Schwurgerichtsgesetzes festgesetzten Fristen vorgebracht hat, daß aber dem Verurtheilten das Recht zusteht, die Gründe seiner Nichtigkeitsklage erst in der Verhandlung vor dem Kassationshofe vorzubringen (Art. 198 und 212 des Schwurger.-Ges.) und es sonach einem Verurtheilten nicht versagt werden kann, die Gründe seiner Nichtigkeitsklage noch bis zu dem für die Verhand-

lung vor dem Kassationshofe festgesetzten Termin schriftlich vorzutragen,[16]

betreffend sodann den von dem Angeklagten geltend gemachten Nichtigkeitsgrund, daß Friedrich Riegler von Korb, Caroline Alt von Möckmühl und der Mühlarzt Beßler von Roigheim, deren Vorladung als Zeugen zu der schwurgerichtlichen Verhandlung er bei der von ihm am 12. Februar d. J. geschehenen Anmeldung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Verweisungserkenntniß verlangt habe, nicht vorgeladen und nicht vernommen worden seien,

in Erwägung, daß der Angeklagte den Friedrich Riegler weder am 12. Febr. d. J. noch später bis zum Schlusse der Verhandlungen vor den Geschworenen als Zeugen benannt hat,

in fernerer Erwägung, daß der Angeklagte am 12. Febr. d. J. zwar den Mühlarzt Beßler und die Caroline Alt als Zeugen benannt und deren Vorladung zu der schwurgerichtlichen Verhandlung nachgesucht hat und daß diesem Gesuche von Seiten des Schwurgerichtspräsidenten nicht entsprochen, ja dem Angeklagten nicht einmal ein Bescheid über dieses Gesuch, welches den Gebrauch einer ihm vom Gesetze eingeräumten Befugniß zum Zweck hatte, ertheilt worden ist,

---

[16] Vergl. den Beschluß des Kassationshofes vom 19./20. Mai 1851 aus Anlaß der Nichtigkeitsklage des Joh. Layer in Sarwey's Monatschr. Bd. XIX. Suppl. zu Abth. II, S. 19—21; Beschl. vom 12. Febr. 1855, Archiv Bd. IV, S. 10 oben, und den Fall des Lor. Ockenländer, Sarwey, Monatschrift Bd. XVII. Suppl. zu Abth. II, S. 49 ff., insbes. S. 52 ff. Die Frist des Art. 198 ist, wie sich aus der Fassung dieses Artikels und des Art. 199, sowie aus Art. 208 ergibt, keine peremtorische. Da eine schriftliche Bezeichnung der Nichtigkeitsgründe überhaupt genügt, so muß sie eben so lange zulässig sein, als die mündliche, d. h. bis zur Verhandlung. Die Bestimmung des Art. 208 kann daher, wenn sie keinen Widerspruch enthalten soll, nur dahin ausgelegt werden, daß durch die verspätete Einreichung der Rechtfertigungsschrift das Verfahren bei dem Kassationshofe nicht aufgehalten werden soll.

daß aber anzunehmen ist, es habe der Angeklagte auf das früher gestellte Gesuch, den Mühlarzt Beßler und die Caroline Alt als Zeugen zu der schwurgerichtlichen Verhandlung vorzuladen, Verzicht geleistet, indem er bei dem am 26. März d. J. von dem Schwurgerichtspräsidenten mit ihm vorgenommenen Vorverhöre den Mühlarzt Beßler überhaupt nicht mehr als Zeugen benannt, sondern nur bezüglich der Caroline Alt seinen früheren Antrag erneuert hat, und daß in Betreff des einen wie des anderen dieser Zeugen aus dem Verhalten des Angeklagten und seines Vertheidigers bei der schwurgerichtlichen Verhandlung gefolgert werden muß, sie haben sich bei der stillschweigend geschehenen Zurückweisung des Gesuches um Vorladung und Vernehmung der genannten zwei Zeugen beruhigt, daß zudem der Angeklagte bei dem Vorverhöre die Caroline Alt nur als Zeugen für einen Umstand benannt hat, welcher hinsichtlich der von den Geschworenen allein bejahten Schuldfrage lediglich von keiner Bedeutung war, und daher der Angeklagte dadurch, daß die Vernehmung dieser Zeugin vor dem Schwurgerichte unterlassen wurde, in keiner Weise beschwert ist, —

in Erwägung, daß hiernach der allein geltend gemachte Nichtigkeitsgrund des Art. 193 I. 2. des Schwurgerichtsgesetzes nicht zutrifft,[17]

erkennt der Kassationshof, daß die angebrachte Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet zu verwerfen sei.

---

[17] Vergl. die früheren Entscheidungen des Kassationshofes, bei welchen, abweichend von der vorliegenden, davon ausgegangen worden zu sein scheint, der Nichtigkeitsgrund des Art. 193 I. 2. finde bloß Anwendung, wenn ein Gesuch oder Antrag an den Schwurgerichtshof (nicht bloß an den Präsidenten) gebracht und von diesem unterlassen oder verweigert worden sei, darüber zu erkennen: in Sachen Brost, Sarwey, Monatschr. Bd. XVII. Suppl. zu Abth. I, S. 38, Conr. Frick; Sarwey, Monatschrift Bd. XIX. Suppl. zu Abth. II, S. 11; Joh. Layer a. a. O. S. 14, 15 und Joh. Braun, Archiv Bd. III, S. 338—339.

12.

Durch Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Ulm vom 11. Juli 1868 wurde die ledige Fabrikarbeiterin Catharine Gompper von Lauffen, OA. Balingen, wegen in fortgesetzter Handlung und im Komplott verübten Raubes und Diebstahls, wodurch sie zum zweiten Mal in den Diebstahl und in Verbrechen wider fremdes Eigenthum überhaupt rückfällig geworden, zu einer fünfjährigen Zuchthausstrafe verurtheilt. Nachdem ihr bei Verkündung des Urtheils die vorschriftmäßige Belehrung über das ihr zustehende Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde ertheilt worden war, ließ sie sich am 13. Juli vorführen und erklärte bei der Gerichtsschreiberei zu Protokoll, sie verzichte auf die Nichtigkeitsklage und wolle sich auf den Strafplatz abliefern lassen, worauf am 14. Juli ihre Ablieferung bewerkstelligt wurde. Noch am gleichen Tage aber kam bei der Gerichtsschreiberei eine vom 13. Juli datirte Eingabe ihres Vertheidigers ein, worin derselbe erklärte, er melde Namens der Gompper gegen das Erkenntniß des Schwurgerichtshofes die Nichtigkeitsklage an, auch zugleich die geltend zu machenden Nichtigkeitsgründe bezeichnete und näher ausführte. Von der Schwurgerichtsschreiberei wurde zwar sofort der Vertheidiger über den von der Gompper erklärten Verzicht auf die Nichtigkeitsklage verständigt: derselbe gab aber hierauf in einer weiteren Eingabe vom 15. Juli die Erklärung ab, er vermöge durch die Verzichtserklärung der Gompper die Sache noch nicht als definitiv erledigt anzusehen, denn es werde sich noch fragen, ob der Verzicht, welcher ohne Zweifel auf einer bei einer Frauensperson doppelt begreiflichen Unkenntniß der rechtlichen Bestimmungen über die Nichtigkeitsklage beruhe, nicht mit dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anzufechten wäre; vielleicht dürfte das Protokoll, in welchem die Verzichtserklärung niedergelegt worden, hierüber einigen Aufschluß gewähren: er bitte deßhalb, die Nichtigkeitsklage ungeachtet jener Verzichtsleistung dem Kassationshofe vor-

zulegen, dem er es dann lediglich überlassen würde, ob das Weitere durch einen etwa in Stuttgart niedergelassenen Offizialanwalt, oder durch ihn vorzukehren sei.

Der Kassationshof beschloß am 28. Aug. 1868 ohne weitere Verhandlung — in Erwägung, daß die Verurtheilte selbst nach Eröffnung des Erkenntnisses ausdrücklich auf die Nichtigkeitsklage verzichtet und ihre Strafe antreten zu wollen erklärt hat, und daß von der Verurtheilten auch nicht um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ihren Klagverzicht gebeten und überdieß von dem Vertheidiger keine Thatsache angeführt worden ist, welche einen Grund zur Wiedereinsetzung der Verurtheilten in den vorigen Stand abgeben könnte — die von dem Vertheidiger angebrachte Nichtigkeitsklage abzuweisen.[18]

13.

Ein Gesuch des von dem Schwurgerichtshofe zu Tübingen am 7. Juli 1868 wegen gewerbsmäßigen Betrugs zu dreijähriger Arbeitshausstrafe verurtheilten Rothgerbers Thomas Mößner von Zimmern u. B., OA. Rottweil, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider den Ablauf der gesetzlichen Frist zu Anmeldung der Nichtigkeitsklage wurde durch Beschluß des Kassationshofes vom 2. Dezbr. 1868 nach Vernehmung des Generalstaatsanwalts in nicht öffentlicher Sitzung verworfen, da das Vorbringen, auf welches der Beschwerdeführer jenes Gesuch zu begründen versucht hatte, daß er nämlich innerhalb der dreitägigen Frist die Nichtigkeitsbeschwerde habe anmelden wollen, aber hieran verhindert worden sei, indem der Gerichtsdiener ihm das hiezu erbetene Schreibmaterial mit dem Bemerken verweigert habe, er werde ohnedieß auf die Gerichtsschreiberei vorgeführt, und könne dort seine Erklärung mündlich abgeben, diese Vorführung aber nicht erfolgt sei — durch die von ihm benannten Zeugen nicht nur in keiner Weise be-

---

[18] Vergl. Archiv Bd. III, S. 286.

stätigt, sondern zum Theil sogar widersprochen worden war und auch sonst als unglaubwürdig angesehen werden mußte.

14.

Von einem Rechtsanwalt, welcher während einer Schwurgerichtssitzung mehrere Vertheidigungen zu führen gehabt hatte, wurde in einer an den Kassationshof gerichteten Eingabe gegen das von dem Präsidenten eingehaltene Verfahren Beschwerde erhoben, zunächst aus dem Grunde, weil aus Anlaß des bei der Verhandlung über die eine der betreffenden Anklagesachen zur Sprache gekommenen Umstands, daß der Vertheidiger sich veranlaßt gesehen hatte, bei den in der Voruntersuchung vernommenen Zeugen, so wie bei anderen Personen, bei welchen er Auskunft über erhebliche Thatsachen zu erhalten hoffen konnte, im außergerichtlichen Wege persönliche Erkundigungen einzuziehen, von dem Präsidenten, obschon derselbe ausdrücklich erklärt habe, er wolle das Recht des Vertheidigers zu diesem Vorgehen durchaus nicht bestreiten, doch wenigstens in indirekter Weise dadurch, daß er die Geschworenen aufmerksam gemacht habe, zu prüfen, ob durch jenen Verkehr mit dem Vertheidiger die Glaubwürdigkeit der Zeugen nicht beeinträchtigt sei, sowie durch sonstige Aeußerungen und Andeutungen das fragliche Recht in Zweifel gezogen und die Ansicht zu erkennen gegeben worden sei, als habe der Vertheidiger seine Befugnisse mißbraucht; sodann aus dem weiteren Grunde, weil der Präsident in seinem ganzen Verhalten bei der Beweisaufnahme und namentlich bei den Schlußvorträgen die nöthige objektive Haltung habe vermissen lassen und indem er aus der Rolle des unparteiischen Rathgebers gefallen sei, im Interesse der Anklage gewirkt habe. Es wurde hiernach die Bitte gestellt, zu Abstellung dieser Beschwerden das Geeignete vorzukehren und dem Beschwerdeführer hievon Nachricht zu geben, insbesondere, was den ersten Beschwerdepunkt betreffe, auszusprechen, daß es nicht bloß das Recht, sondern geradezu die Pflicht des

Vertheidigers sei, sich nicht bloß mit dem Durchlesen der Akten zu begnügen, sondern, soweit er es für dienlich erachte, im Interesse der Vertheidigung auch überall, namentlich bei Zeugen, persönliche Erkundigungen einzuziehen, wornach das von dem Präsidenten eingehaltene Verfahren nicht gerechtfertigt erscheine.

Die Zulässigkeit einfacher Beschwerden gegen Verfügungen der Schwurgerichtshöfe oder ihrer Präsidenten war an sich, obschon in dem Schwurgerichtsgesetze hievon Nichts erwähnt ist, nach früheren Entscheidungen des Kassationshofes nicht zu beanstanden.[19]

Im vorliegenden Falle kam jedoch, was die Beschwerde über das angeblich gesetzwidrige (weil der nöthigen Unparteilichkeit ermangelnde) Verfahren des Präsidenten anlangte, in Betracht, daß der Beschwerdeführer zu Erhebung der Beschwerde Namens der betheiligten Angeklagten, welche auf die Nichtigkeitsklage ausdrücklich verzichtet, und dem Vertheidiger zu seiner Beschwerdeführung keinerlei Auftrag gegeben hatten, nicht als legitimirt und ebensowenig als befugt erachtet werden konnte, die fragliche Beschwerde (im Unterschied von einer bloßen Denunciation, welche keinenfalls an den Kassationshof zu richten gewesen wäre) in eigenem Namen zu verfolgen, da es sich hiebei nicht um Verletzung ihm selbst zustehender Rechte, sondern nur um Rechte der von ihm vertretenen Parteien handelte. Abgesehen von der mangelnden Legitimation war aber die Beschwerde auch auf Grund des Art. 193 des Schwurgerichtsgesetzes, wornach die verurtheilenden Erkenntnisse der Schwurgerichtshöfe, sowie das ganze auf die Versetzung in den Anklagestand gefolgte Verfahren nur in den gesetzlich bestimmten Formen und in den vom Gesetze ausge-

---

[19] Vergl. Sarwey, Monatschr. Bd. XIX. 1. außerordentl. Lief. S. 104—105; Württ. Archiv Bd. III, S. 363—368, S. 372 bis 375; Bd. IV, S. 34—37; Bd. VII, S. 380—383, 385—388, 388—393.

drückten Fällen mittelst der Nichtigkeitsklage angegriffen werden können, als unstatthaft zu verwerfen.[20]

Bezüglich der weiteren Beschwerde wegen Beanstandung des Rechtes des Vertheidigers, zu seiner Information die nöthigen Erkundigungen im außergerichtlichen Wege einzuziehen, war zwar die Einwendung der mangelnden Legitimation nicht zu erheben, da es sich hiebei um eine Verletzung eines dem Beschwerdeführer selbstständig zustehenden Rechtes, um die Wahrung seiner Befugnisse als öffentlicher Rechtsanwalt handelte. Ebensowenig konnte es einem Bedenken unterliegen, daß es dem Vertheidiger gestattet sein muß, im Interesse der Vertheidigung persönliche Erkundigungen jeder Art einzuziehen, sofern dabei nur ungesetzliche Einwirkungen auf die Zeugen unterbleiben. Nach den eigenen Einräumungen des Beschwerdeführers aber konnte nicht angenommen werden, daß jenes Recht der Vertheidigung auch nur indirekt bestritten oder sonst beeinträchtigt worden wäre.

Demgemäß ließ der Kassationshof unterm 18. Novbr. 1868 dem Beschwerdeführer eröffnen:

Daß eine Beschwerde über die Art der Schlußvorträge des Präsidenten, abgesehen von der mangelnden Legitimation des Beschwerdeführers, nach der Bestimmung des Art. 193 des Schwurgerichtsgesetzes unstatthaft sei und die weitere Beschwerde darüber, daß ihm von dem Präsidenten das Recht bestritten worden sei, sich durch außergerichtliche Erkundigungen die zum Zwecke einer wirksamen Führung der Vertheidigung erforderlichen Aufklärungen zu verschaffen, als unbegründet erscheine, da die Beschwerdeschrift selbst

---

[20] Vergl. über die Unzulässigkeit einer Nichtigkeitsklage wegen Einseitigkeit des Schlußvortrages des Präsidenten die Entscheidung des Kassationshofes Sarwey, Monatschr. Bd. XVII. 3. außerordentl. Lieferg., S. 19—24; über die Unstatthaftigkeit einer einfachen Beschwerde gegen ein mit der Nichtigkeitsklage nicht anzufechtendes Erkenntniß des Schwurgerichtshofes Württ. Archiv Bd. III, S. 330.

einräume, daß der Präsident ausdrücklich erklärt habe, er sei nicht gemeint, jenes Recht der Vertheidigung zu bestreiten, und da dasjenige, was die Beschwerdeschrift zu Begründung der Behauptung angeführt habe, daß wenigstens in indirekter Weise jenes Recht in Abrede gestellt und das Vorgehen des Vertheidigers als ein ungehöriges bezeichnet worden sei, nicht geeignet erscheine, die von dem Beschwerdeführer daraus gezogenen Folgerungen zu begründen.

Die Zuständigkeit zur Aburtheilung von Ehrenkränkungen durch die Presse.

(Von Herrn Obertribunalrath v. Binder in Stuttgart.)

Die Frage, ob Ehrenkränkungen durch die Presse von den Strafkammern der Kreisgerichtshöfe oder von den Oberamtsgerichten abzuurtheilen seien, ist von den Raths- und Anklagekammern der K. Kreisgerichtshöfe zu Ulm, zu Stuttgart und zu Rottweil mit theilweise verschiedener Begründung, jedoch im Ergebnisse übereinstimmend dahin entschieden worden, daß über die genannten Vergehen die Oberamtsgerichte zu erkennen haben.[1] Dagegen hat sich der K. Kassationshof aus Anlaß der am 24. November 1869 vor demselben verhandelten Nichtigkeitsbeschwerde des O. J. Sch. aus G. gegen das Erkenntniß des K. Oberamtsgerichtes Ulm vom 21. Mai 1869, durch welches der Beschwerdeführer wegen Ehrenkränkung mittelst der Presse (Art. 284 letzter Absatz des St.G.B.) zu der Bezirksgefängnißstrafe von drei Tagen und zu einer Geldbuße von 25 Gulden verurtheilt worden war, durch Beschluß vom 24./25. Novbr.—1. Dezember 1869 für die

---

[1] Württ. Gerichtsblatt Bd. I Nro. 12, S. 352—356; Bd. II Nro. 1, S. 21, 22.

Zuständigkeit der Strafkammern der Kreisgerichtshöfe ausgesprochen und es ist das dießfällige Erkenntniß in dem württemb. Gerichtsblatte veröffentlicht worden.[2] Die Ausführung, auf welche sich diese Entscheidung stützt und deren Mittheilung durch das Archiv im Gerichtsblatte vorbehalten worden ist, war folgende:

Nach der Regel, welche der Art. 20 der Str.-Pr.-O. in §. 1 Ziff. 3 aufstellt, würde von den Vergehen der Ehrenkränkung und Verleumdung nur die einfache Ehrenkränkung (Art. 285 des Str.G.B.) in den Kreis der oberamtsgerichtlichen Gerichtsbarkeit fallen, weil nur in diesem Falle die Strafdrohung (Gefängnißstrafe bis zu einem Monat oder Geldbuße bis zu 25 fl.) sich innerhalb der Grenzen der Strafbefugniß hält, welche den Oberamtsgerichten eingeräumt ist. In §. 2 zu §. 1 Ziff. 3 sind aber Ausnahmsbestimmungen getroffen, wonach (abgesehen von den unter den Art. 23 des Gesetzes vom 13. August 1849 fallenden Angriffen auf die Ehre von öffentlichen Dienern im Sinne des Art. 399 Ziff. 5 des Str.G.B) die Oberamtsgerichte unter der Voraussetzung, daß nicht im einzelnen Falle eine ihre Strafbefugniß überschreitende Strafe verwirkt ist, auch das Erkenntniß zu fällen haben bei erschwerter Ehrenkränkung in den Fällen des Art. 284 Ziff. 1, 2 im Eingangssatze, 3 und 4, sodann bei Verleumdung und ehrenrühriger Nachrede in den Fällen des Art. 287 Abs. 1 und Art. 289 vergl. mit Art. 284 Ziff. 1, 2 im Eingangssatze und 3.

Unzweifelhaft der oberamtsgerichtlichen Aburtheilung entzogen sind hienach Ehrenkränkung, Verleumdung und ehrenrühriger Bezücht, wenn einer der in Art. 284 Ziff. 2 im zweiten und dritten Satze bezeichneten Erschwerungsgründe zutrifft, (wenn dieselben gegen religiöse oder politische Körperschaften oder gegen Regenten fremder Staaten, deren Gesandte oder Behörden gerichtet waren), ferner er-

---

[2] Ebendaselbst Bd. II Nro. 4, S. 108 ff.

schwerte Ehrenkränkungen im Sinne der Ziff. 5 des Art. 284 (Thätlichkeiten gegen Mitglieder des Königlichen Hauses oder gegen Regenten fremder Staaten.)

Unbestritten ist ferner, daß Verleumdungen, welche durch die Presse verübt werden, der Aburtheilung durch die Strafkammern unterliegen, weil nur im Falle des Art. 287 Abs. 1 ausnahmsweise die Gerichtsbarkeit der Oberamtsgerichte eintreten soll. Dagegen soll nach dem Beschlusse der Rathskammer in Ulm bei dem Vergehen des Art. 289, auch wenn es als Preßvergehen erscheint, und nach der Ansicht derselben Gerichtsstelle, sowie der Raths- und Anklagekammern zu Stuttgart und Rottweil bei Ehrenkränkungen mittelst der Presse unter den gleichen Voraussetzungen, wie bei sonstigen Ehrenkränkungen die ausnahmsweise Gerichtsbarkeit der Oberamtsgerichte begründet sein.

Um diesen Satz, zunächst was die Ehrenkränkungen durch die Presse betrifft, zu beweisen, wird nachgewiesen werden müssen, daß dieselben zu den in Art. 284 Ziff. 1, 2 im Eingangssatze 3, 4 bezeichneten erschwerten Ehrenkränkungen gehören, da nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes nur für diese Fälle die Ausnahme der Erkenntnißfällung durch das Oberamtsgericht zugelassen ist. Der Natur der Sache nach kann es sich nur fragen, ob die Ehrenkränkungen durch die Presse unter die Fälle der Ziff. 3 des Art. 284 zu stellen sind.

Als Erschwerungsgrund ist aber hier nur bezeichnet, wenn die Beleidigung an einem öffentlichen Orte, bei einer feierlichen Gelegenheit oder vor einer versammelten Menge geschehen, und ferner, wenn dieselbe in Pasquillen verbreitet worden ist, welche definirt sind als Schriften, in welchen der Verfasser sich entweder gar nicht oder nicht mit seinem wahren Namen genannt hat. Keiner dieser Fälle begreift die Verbreitung der Ehrenkränkung durch Druckschriften in sich. Zwar kann es füglich vorkommen, daß die Verbreitung durch Druckschriften in der Art be-

werkstelligt wird, daß die Druckschrift an einem öffentlichen Orte angeheftet oder vor einer Versammlung produzirt wird; ebenso kann eine injuriöse Druckschrift die Merkmale des Pasquills an sich tragen. Eben so gut können aber auch mit der Verbreitung der Ehrenkränkung durch Druckschriften die übrigen in Ziff. 1—3 hervorgehobenen Erschwerungsgründe sich verbinden. Begründet wäre die Annahme, daß die Verbreitung der Ehrenkränkung durch Druckschriften an und für sich schon in Ziff. 3 des Art. 284 als ein Erschwerungsgrund bezeichnet sei, nur dann, wenn jede durch Druckschriften verbreitete Ehrenkränkung die Merkmale eines der in Ziff. 3 aufgestellten Erschwerungsgründe an sich tragen würde, was entschieden nicht der Fall ist.

Freilich hat Hufnagel[3] den Versuch gemacht, dem Satze in Art. 284 Ziff. 3 „oder in Schriften verbreitet worden ist u. s. w.“ einen weiteren Sinn zu geben, indem er — übrigens ohne Gründe hiefür anzuführen, da namentlich die Auslegungsquellen keinen Anhaltspunkt geben, — die Behauptung aufstellt, in diesem Satze sei ein nicht eigentlich ausgedrückter, aber doch implicite darin enthaltener oder sich von selbst verstehender (!) Erschwerungsgrund enthalten, das Gesetz wolle offenbar sagen: wenn die Beleidigung in Schriften verbreitet worden ist, in welchen sich der Verfasser genannt hat, oder in welchen er sich entweder gar nicht oder nicht mit seinem wahren Namen genannt hat; der letztere Fall sei der des Pasquills. Allerdings wird dann an einer anderen Stelle gesagt, die durch Druckschriften verbreitete Ehrenkränkung komme im letzten Absatze des Art. 284 vor[4] und es scheint daraus der Schluß abgeleitet zu werden, daß unter Schriften in Ziff. 3 nur Geschriebenes zu verstehen sei; andererseits wird aber doch wieder behauptet, vermöge des Schlusses

[3] Kommentar Bd. II, S. 183.

[4] Hufnagel, Kommentar Bd. II, S. 166.

von dem Minder auf das Mehr sei die durch Druckschriften verbreitete Ehrenkränkung auch unter der Ziff. 3 begriffen.[5]

Indessen ist der ganze Satz unhaltbar, daß unter den in Ziff. 3 bezeichneten Schriften auch solche gemeint seien, in welchen sich der Verfasser genannt habe, da unter Schriften, in welchen sich der Verfasser entweder gar nicht, oder nicht mit seinem wahren Namen genannt hat, ganz unmöglich auch solche Schriften verstanden sein können, die weder anonyme noch pseudonyme sind.

Richtig ist soviel, daß die Ziff. 3 des Art. 284 von Ehrenkränkungen handelt, bei welchen der Erschwerungsgrund ausschließlich oder doch vorzugsweise in der Oeffentlichkeit, der Verbreitung in weiteren Kreisen liegt, und daß die öffentliche Verbreitung allein es ist, was auch bei den Ehrenkränkungen in Druckschriften die Erschwerung begründet. Daß somit eine innere Verwandtschaft zwischen diesen in dem Schlußsatze des Artikels und den in Ziff. 3 hervorgehobenen Fällen erschwerter Ehrenkränkungen besteht, ist nicht zu leugnen. Das Gesetz hat aber in Art. 284 nicht wie es in andern Fällen gethan (vgl. Art. 151 Ziff. 1 „öffentlich oder in verbreiteten Schriften“, ebenso Art. 162 Ziff. 2 und 3, ferner Art. 167 „öffentlich, sei es mündlich oder in verbreiteten Schriften“ und ähnlich Art. 169 Abs. 2 Art. 192) das Merkmal der Oeffentlichkeit im Allgemeinen als Erschwerungsgrund bezeichnet, sondern den Weg eingeschlagen, in Ziff. 3 und dann wieder im Schlußsatze einzelne Fälle von Ehrenkränkungen, welche mit Rücksicht auf die Art der Verbreitung als erschwerte bestraft werden sollen, unter Angabe der thatsächlichen Merkmale, welche den Erschwerungsgrund bilden, aufzustellen. Unter diesen Umständen wäre es nicht zulässig, Fälle von öffentlicher Ehrenkränkung, auf welche keines der in Ziff. 3 aufgestellten

---

[5] Hufnagel, Komment. Bd. II, S. 189; Strf.Ges.Buch mit Anmerk. S. 266.

Merkmale Anwendung findet (z. B. eine Ehrenkränkung in einem von dem Verfasser unterzeichneten schriftlichen Zirkular) wegen der Gleichheit des Grundes, welcher den Gesetzgeber bestimmt hat, die in Ziff. 3 bezeichneten Fälle als erschwerte Ehrenkränkungen zu behandeln, ebenfalls unter diese Ziffer zu stellen. Es wäre dieß eine nach den bekannten Erklärungen der Stände urd der Regierung zu Art. 1 des St.G.B. unzulässige Anwendung der Gesetzesanalogie. Aus demselben Grunde aber ist es unmöglich anzunehmen, daß schon die Ziff. 3 des Art. 284 die Bestimmung enthalte, daß Ehrenkränkungen in Druckschriften als erschwerte mit der im Eingang des Artikels bestimmten Strafe zu ahnden seien, wonach dann der Schlußsatz des Artikels nur noch die Bedeutung hätte, für diese Fälle die Verbindung einer Geldstrafe mit der Freiheitsstrafe anzuordnen. Vielmehr kann, da die Ehrenkränkungen durch Druckschriften in der Ziff. 3 nicht genannt sind und ebensowenig die öffentliche Verbreitung im Allgemeinen, dort als Erschwerungsgrund aufgestellt ist, nur aus dem Schlußsatze abgeleitet werden, daß dieselben überhaupt erschwerte und als solche zu bestrafen sind.

Dieß ist aber auch vollkommen möglich und es besteht daher insoweit durchaus keine Lücke im Gesetze. Denn wenn gleich in Art. 284 zunächst unter den Ziff. 1—5 eine Reihe von Fällen erschwerter Ehrenkränkungen aufgezählt werden und der Schlußsatz mit einer Ziffer nicht versehen ist, so folgt daraus doch keineswegs, daß nicht in diesem Schlußsatze ein weiterer Fall von erschwerter Ehrenkränkung habe aufgestellt werden können, zumal die Weglassung einer Ziffer auch anderweitig zu erklären ist. Ebenso wenig kann daraus, daß in dem Schlußsatze die Freiheitsstrafe nicht näher bezeichnet ist, der Schluß gezogen werden, daß die Verbreitung der Ehrenkränkung durch Druckschriften hier nicht als eine besondere Art von erschwerter Ehrenkränkung bezeichnet, sondern schon in einer der vorhergegangenen Ziffern und zwar in Ziff. 3 enthalten

sei, unter welche sie nach deren klarem Inhalt nicht subsumirt werden kann. Denn aus der Stellung des Schlußsatzes im Art. 284 folgt an sich schon, daß unter der Freiheitsstrafe, von welcher die Rede ist, nur die im Eingang des Artikels gedrohte Gefängnißstrafe, nicht die Freiheitsstrafe, wie sie im Art. 285 gedroht ist, verstanden sein kann, und ebendamit ist, und zwar allein durch den Schlußsatz bestimmt, daß die Ehrenkränkung in Druckschriften unter allen Umständen, auch wenn keiner der sonstigen in Art. 284 aufgezählten Erschwerungsgründe zutrifft, neben der im Schlußsatze festgesetzten Geldbuße mit der im Eingang des Artikels bezeichneten Freiheitsstrafe, also als erschwerte Ehrenkränkung zu bestrafen sei.

Ueber diesen Satz sind die Gerichte längst einig. Die Begründung der Thesis aber [6] stützt sich keineswegs darauf, daß die Ehrenkränkung in Druckschriften in der Ziff 3 begriffen sei; sie geht vielmehr gerade von der gegentheiligen Annahme aus, indem gegen die Ansicht, daß die Ehrenkränkung in Druckschriften nicht an und für sich als erschwerte angesehen werden könne, weil der Satz in Ziff. 3, betreffend die Ehrenkränkung durch Schriften, worin der Verfasser seinen wahren Namen nicht genannt hat, überflüssig erschiene, wenn schon die Verbreitung durch Druckschriften an sich eine Erschwerung begründen würde, mit Recht geltend gemacht wurde, daß in Ziff. 3 unter Schriften auch andere als Druckschriften begriffen seien und deßwegen der letzte Absatz neben der Ziff. 3 nicht als überflüssig erscheine.

In dem Beschlusse der Raths- und Anklagekammer des Kreisgerichtshofes zu Stuttgart vom 20. Mai 1869 wird nun aber der Satz, daß die Ehrenkränkung in Druckschriften nicht erst durch die Bestimmung des Schlußsatzes des Art. 284 für eine erschwerte erklärt, sondern schon in der

[6] vgl. Präjudizien der höheren Gerichte von 1839—40 S. 30 und Hufnagel, Komm. Bd. II, S. 190 Note.

Ziff. 3 dieses Artikels begriffen sei, noch auf eine andere Weise zu begründen oder wenigstens zu unterstützen versucht. Es wird nemlich, davon ausgehend, daß die Gerichte den fraglichen Schlußsatz in der eben bezeichneten Weise ausgelegt haben, weiter gesagt, daß dieser Auslegung besonders dadurch von ihnen eine praktische Folge gegeben worden sei, daß sie den Milderungsgrund des der Ziff. 4 unmittelbar nachfolgenden, also dem Schlußsatze vorausgehenden Absatzes auch für die durch Druckschriften verbreiteten Ehrenkränkungen in Anspruch genommen haben.

Man sollte hienach meinen, der Satz, daß die Ehrenkränkungen in Druckschriften unter der Ziff. 3 des Art. 284 begriffen seien, sei ein in der Praxis feststehender gewesen oder wenigstens aus Anlaß der Frage von der Anwendbarkeit des Milderungsgrundes festgestellt worden und es sei eben hieraus die Folgerung abgeleitet worden, daß der Milderungsgrund auch auf die Ehrenkränkungen in Druckschriften Anwendung zu finden habe. Allein, daß jener Satz schon anderweitig festgestellt gewesen wäre, dafür fehlt es an jedem Nachweise. Es war dazu auch keine Veranlassung gegeben, denn die Thesis, daß Ehrenkränkungen durch Druckschriften als erschwerte der im Art. 284 gedrohten Gefängnißstrafe unterliegen, die allein möglicherweise dazu hätte Anlaß geben können, wurde, wie gezeigt worden ist, in anderer Weise begründet. Gelegentlich der Frage über die Anwendbarkeit des Milderungsgrundes des Abs. nach Ziff. 4 wurde der fragliche Satz aber ebensowenig aufgestellt.

Das Präjudiz des Obertribunals vom 17./20. August 1841, wodurch diese Frage entschieden wurde, [7] stützt sich auf zwei Gründe:

1) Der Schlußsatz scheine zwar vorauszusetzen, daß

---

[7] vgl. Präjudizien der höheren Gerichte von 1840—42 S. 92 bis 91; Hufnagel, Komm. Bd. II, S. 944—945, Bd. III, S. 339 und insbesondere S. 681—684.

eine Freiheitsstrafe immer einzutreten habe, (und ebendamit die Anwendung des Milderungsgrundes auf Ehrenkränkungen in Druckschriften auszuschließen); da er aber über die Art und das Maß der Freiheitsstrafe Nichts enthalte, so sei er aus dem Vorhergehenden zu ergänzen und da hienach die in Schriften und sogar als Pasquill verübte Ehrenkränkung ausnahmsweise mit bloser Geldstrafe geahndet werden könne, so müsse dieß um so mehr auch als Ausnahme von dem die Regel ausdrückenden letzten Absatze gelten, weil dieser eine nach dem Vorhergehenden wirklich verwirkte Freiheitsstrafe voraussetze.

Möglicherweise könnte man nun hierin allerdings als Ansicht des Obertribunals angedeutet finden, daß die Ziff. 3 des Art. 284 allgemein von der in Schriften jeder Art, also auch in Druckschriften verübten Ehrenkränkung spreche und daß sonach der Schlußsatz des Artikels eben aus der Ziff. 3 zu ergänzen sei, und eine nach dieser Ziffer verwirkte Freiheitsstrafe voraussetze. Bestimmt und unzweideutig ist es aber jedenfalls nicht gesagt, daß die im Schlußsatze erwähnten Ehrenkränkungen in Druckschriften unter den Fällen der Ziff. 3 begriffen seien und man ist schon darum nicht berechtigt, dieß dem Obertribunal als seine Ansicht zu unterstellen, da die Ziff. 3 nach ihrem klaren Wortlaute eine solche Auslegung nicht zuläßt. Dazu kommt, daß unter dem Vorhergehenden, worin die Bestimmung des Schlußsatzes in Absicht auf Art und Maß der Strafe ihre Ergänzung finde, keineswegs die Ziff. 3 verstanden werden muß, welche über Art und Maß der Strafe ja ebenfalls Nichts enthält, sondern ihrerseits wieder auf den Eingangssatz zurückweist, in welchem auch der Schlußsatz, und zwar direkt und ohne daß der Umweg über die Ziff. 3 nöthig wäre, die erforderliche Ergänzung findet. Endlich aber wäre bei der Unterstellung, daß das Obertribunal die Ehrenkränkungen in Druckschriften als in der Ziff. 3 schon begriffen betrachtet habe, nicht abzusehen,

warum dann der Satz, daß der Milderungsgrund des Absatzes nach Ziff. 4 auf dieselben anzuwenden sei, nicht einfach aus dem Wortlaute dieser Bestimmung „doch können dergleichen Ehrenkränkungen (Ziff. 1—4)" u. s. w. abgeleitet und vielmehr, worauf offenbar das Hauptgewicht gelegt ist, die Beibringung des weiteren Argumentes für nothwendig erachtet wurde: wenn sogar eine als Pasquill verübte Ehrenkränkung ausnahmsweise mit bloßer Geldbuße geahndet werden könne, so müsse dieß um so mehr auch für den letzten Absatz gelten (nemlich für Fälle, welche nicht nothwendig den Charakter des Pasquills an sich tragen). Diese ganze Schlußfolgerung beruht wesentlich auf einem Schlusse a majori ad minus, auf einer in diesem Falle, wo es sich um die Ausdehnung eines Strafmilderungsgrundes handelte, unbedingt zulässigen Gesetzesanalogie, also gerade auf der Unterstellung, daß der Fall des Schlußsatzes in den Fällen der Ziff. 3 nicht an sich schon mitbegriffen sei.

2) Weiter beruht die Thesis des Obertribunals auf dem, was aus den ständischen Verhandlungen sich über den Sinn ergibt, in welchem der mehrberührte Absatz nach Ziff. 4 verabschiedet worden ist. In dem Entwurfe war derselbe nicht enthalten, es folgte vielmehr unmittelbar auf die Ziff. 1—4, welche unverändert in das Gesetz übergingen, der jetzige Schlußsatz, wodurch die Ansicht bestätigt wird, daß durch diesen Schlußsatz die Verbreitung der Ehrenkränkung durch Druckschriften als ein selbstständiger Erschwerungsgrund neben den Erschwerungsgründen der Ziff. 1—4 aufgestellt werden wollte.

Der jetzige Absatz nach Ziff. 4 wurde auf den Antrag der Kommission der Kammer der Abgeordneten angenommen als Beisatz zu dem jetzigen Art. 285 in der Fassung:

„doch kann auch in den Fällen des Art. 267 (jetzt 284) auf eine Geldstrafe bis zu 50 fl. erkannt werden, wenn derjenige, welcher einem Andern eine Ehrenkränkung

zufügt, von diesem in einem hohen Grade gereizt worden ist." [8]

Es war hienach klar, daß der Zusatz in Betreff des Milderungsgrundes sich auch auf den Schlußsatz des Art. 267 des Entwurfes (Art. 284 des Gesetzes) zu beziehen hatte.

Durch die Berathung in der Kammer der Standesherren ergab sich die einzige Aenderung in Betreff der Strafe (Geldbuße bis zu 100 fl.); sodann wurde in Folge einer Bemerkung, daß diesem auf den Art. 267 bezüglichen Zusatz seine Stelle besser am Schlusse des kaum genannten Artikels angewiesen würde, beschlossen: diesen Zusatz dem Art. 267 unmittelbar anzureihen. [9] Weiter wurde darüber, auf welche Fälle sich dieser einen Milderungsgrund aufstellende Grundsatz (mit dem sich auch die Regierung einverstanden erklärte) zu beziehen habe, Nichts verhandelt und es ist daher lediglich Folge eines Irrthums, daß derselbe unmittelbar nach der Ziff. 4 des jetzigen Artikels eingereiht, und das Zitat „Ziff. 1—4" in demselben eingeschoben wurde.

Indem das Obertribunal aber als den Hauptgrund für seine Entscheidung geltend machte, daß nach dem übereinstimmenden Willen der gesetzgebenden Faktoren der Milderungsgrund für den ganzen Artikel gelten sollte, und daß es nur eine Ungenauigkeit sei, wenn diese Milderung nach Ziff. 4 und nicht am Schlusse des Artikels eingereiht wurde, konnte es unmöglich der Ansicht sein, daß die Ehrenkränkungen in Druckschriften schon in der Ziff. 3 enthalten seien, weil sonst in der That die Stellung, welche der Beisatz in dem Art. 284 erhielt, nicht als eine unrichtige hätte beanstandet werden können.

---

[8] Hauptkomm.-Bericht S. 341, 342; Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1838 Bd. IV, Sitz. 49, S. 73—74; Bd. XIII, S. 88.

[9] Verhandlungen der Kammer der Standesherren von 1838, Heft III, S. 932—933.

Die von dem Kriminalsenat des Gerichtshofes in Ellwangen längere Zeit festgehaltene gegentheilige Ansicht, daß der Milderungsgrund eben wegen der Stellung des Absatzes nur auf die unter Ziff. 1—4 aufgeführten erschwerten Injurien zu beziehen sei, wofür entgegen dem von dem Obertribunal angeführten aus den ständischen Verhandlungen abgeleiteten Grunde, namentlich geltend gemacht wurde, daß der Art. 284 in seiner jetzigen Zusammenstellung der einzelnen Sätze schließlich von beiden Kammern, wie von der Regierung gut geheißen worden sei,[10] ist ohnedieß nur mit der Unterstellung vereinbar, daß die Ehrenkränkungen in Druckschriften nicht schon in der Ziff. 3 des Art. 284 enthalten sind.

Hienach kann die Behauptung nicht als richtig anerkannt werden, daß in der Praxis der Gerichte der Schlußsatz des Art. 284 bisher dahin ausgelegt worden sei, daß die Verbreitung einer Ehrenkränkung durch Druckschriften schon in der vorhergehenden Ziff. 3 als Erschwerungsgrund bezeichnet sei; und noch weniger, daß es eine Folgerung aus diesem Satze sei, wenn die Praxis sich für die Anwendbarkeit des Milderungsgrundes in dem Absatze nach Ziff. 4 auch auf die Ehrenkränkungen in Druckschriften entschieden hat. Die Gründe, welche zu der Anwendung dieses Milderungsgrundes auch auf die Fälle des Schlußsatzes geführt haben, sind ganz andere und im Gegentheil gerade davon ausgehende, daß Ehrenkränkungen in Druckschriften in der Ziff. 3 nicht begriffen sind; es kann demnach auch ebensowenig umgekehrt aus der Anerkennung des Satzes, daß der Milderungsgrund auf den Fall des Schlußsatzes Anwendung findet, die Folgerung abgeleitet werden, daß damit wenigstens stillschweigend der andere Satz anerkannt sei, wonach Ehrenkränkungen in Druckschriften unter Ziff. 3 begriffen sein sollen.

Ist aber allem Bisherigen zufolge die Behauptung

---

[10] vgl. Hufnagel, Komment. Bd. III, S. 683—684.

unrichtig, daß der eigenthümliche Erschwerungsgrund der Ehrenkränkung, der durch ihre Verbreitung in Druckschriften begründet wird, in der Ziff. 3 des Art. 284 aufgestellt sei, so folgt daraus von selbst für die Auslegung des Art. 20 der Str.Pr.Ord., daß durch die Bestimmung in §. 2 zu §. 1 Ziff. 3 Ehrenkränkungen durch die Presse nicht wie andere dort speziell hervorgehobene Fälle von erschwerten Ehrenkränkungen der Aburtheilung durch die Oberamtsgerichte überwiesen worden sind.

Entgegen diesem Resultate, wie es sich aus den Bestimmungen des Art. 20 der Str.Pr.Ord. ergibt, wird in den Beschlüssen der Raths- und Anklagekammern der Gerichtshöfe in Ulm und Stuttgart darauf hingewiesen, daß die gesetzgebenden Faktoren — Regierung und Stände — bei Verabschiedung des Gesetzes übereinstimmend von einer andern Ansicht ausgegangen seien, und demnach jedenfalls Ehrenkränkungen durch die Presse der Erkenntnißfällung der Oberamtsgerichte zu unterliegen haben. Eine, von dem Ergebniß, zu welchem der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen führt, abweichende Ansicht findet sich allerdings in dem der Kammer der Abgeordneten erstatteten Kommissionsberichte ausgesprochen, und man wird nicht irren, wenn man annimmt, daß ohne diese Aeußerungen in dem Kommissionsberichte es schwerlich möglich gefunden worden wäre, die Ansicht aufzustellen, daß durch die Bestimmungen des Art. 20 §. 2 Ehrenkränkungen durch die Presse den Oberamtsgerichten zugewiesen worden seien. Eine nähere Prüfung dürfte indeß ergeben, daß auch die Uebereinstimmung der gesetzgebenden Faktoren in Beziehung auf diese dem Wortlaute zuwiderlaufende Auslegung der fraglichen Gesetzesstelle nicht zu erweisen ist.

In dem Entwurfe der Str.Pr.Ord. lauteten die bezüglichen Bestimmungen wörtlich gleich, wie sie in dem Gesetze enthalten sind, und der bei den Ständen eingebrachte Entwurf von 1866 hatte sie seinerseits unverändert aus dem früheren Entwurfe von 1863 herübergenommen.

Fragt man zunächst, welches die Absicht der Regierung bei Feststellung und Einbringung des Entwurfes gewesen sei, so darf vor Allem als sicher angenommen werden, daß die Frage, welche Gerichte hinfort über Ehrenkränkungen und Verleumdungen durch die Presse zu urtheilen haben sollen, nicht übersehen werden konnte. Die Nothwendigkeit, hierüber eine bestimmte Entscheidung zu treffen, ergab sich schon aus dem bisherigen Zustande der Gesetzgebung in Absicht auf die Aburtheilung von Preßvergehen, der bekanntlich ein höchst eigenthümlicher und verwickelter geworden war.

Durch das Kompetenzgesetz vom 1. März 1839 und die Art. 10 und 11 der Str.Pr.Ord. von 1843 waren Ehrenkränkungen und Verleumdungen mittelst der Presse durchaus den Kreisgerichten zugewiesen, auch soweit die betreffenden Vergehen an sich und abgesehen von der Verübung durch Druckschriften der bezirksgerichtlichen Aburtheilung unterliegende gewesen wären.

Durch Art. 94 des Pol.Str.G.B. waren ferner die in Art. 4, 10, 53 (54) dieses Gesetzes bezeichneten Vergehen, *in so weit sie als Preßvergehen verübt werden*, den Gerichten zur Untersuchung und Bestrafung zugewiesen, und nach den Bestimmungen des Kompetenzgesetzes wie der Strafprozeßordnung war auch in diesen Fällen die Gerichtsbarkeit der Oberamtsgerichte ausgeschlossen.

Die Verordnung vom 25. Juli 1848 führte sodann ein mündliches und öffentliches Verfahren für Preßprozeßsachen ein, das vor dem Kreisgerichte stattzufinden hatte. Dasselbe fand auf Preßprozeßsachen jeder Art Anwendung, sofern es sich dabei um im *Strafgesetzbuche* verpönte Verbrechen oder Vergehen handelte. Ausgeschlossen waren also nur die ebenerwähnten der gerichtlichen Aburtheilung unterliegenden Preßvergehen der Art. 4, 10, 54 des Pol.-Str.G.B.

Das Schwurgerichtsgesetz vom 14. August 1849 be-

stimmte ferner in Art. 1, II. im Anschluß an §. 13 der deutschen Grundrechte, daß die von Amtswegen zu verfolgenden Preßvergehen (worunter jedoch ebenfalls nur im Strafgesetzbuche bedrohte begriffen sein sollen) vor die Schwurgerichtshöfe gehören. Sodann wurden durch dasselbe auch diejenigen auf Klage zu verfolgenden Preßvergehen, welche unter die in Art. 1, I. näher bezeichnete Kategorie von politischen Vergehen gehörten, an die Schwurgerichte gewiesen.

Gleichzeitig wurden endlich durch das Gesetz vom 13. August 1849 Art. 37 ff. die durch die Presse verübten Ehrenkränkungen und Verleumdungen „bis auf weitere Anordnung" an die Bezirksgerichte verwiesen, insofern sie diesen Gerichten nicht durch Art. 10 und 11 der Straf-Pr.O. aus anderen Gründen entzogen waren, d. h. soweit es sich nicht um Ehrenkränkungen oder Verleumdungen gegen Mitglieder des königlichen Hauses, gegen Regenten auswärtiger Staaten, deren Gesandte oder Behörden handelte.

Es hatten demnach zu entscheiden:

1) die Schwurgerichte über die politischen und über alle von Amtswegen zu verfolgenden im Strafgesetzbuche bedrohten Preßvergehen;

2) die Kriminalsenate der Gerichtshöfe im Verfahren nach der Strafprozeßordnung von 1843 über die unter Art. 4, 10, 54 des Polizeistrafgesetzbuches fallenden, theils von Amtswegen, theils (Art. 10) nur auf Klage zu verfolgenden Preßvergehen;

3) dieselben Kriminalsenate, aber nach dem Verfahren in Gemäßheit der Verordnung vom 25. Juli 1848, über durch die Presse verübte Ehrenkränkungen und Verleumdungen gegen Mitglieder des königlichen Hauses, Regenten fremder Staaten, deren Gesandte oder Behörden; sodann über sonstige nichtpolitische und nur auf Klage zu bestrafende Preßvergehen, welche unter das Strafgesetzbuch fielen (z. B. Drohungen Art. 282); endlich

4) die Bezirksgerichte in dem durch das Gesetz vom

14. August 1849 geordneten Verfahren über alle nicht nach Ziff. 3) ausgenommenen Ehrenkränkungen und Verleumdungen durch die Presse.

Die Entwürfe von 1863 und 1866 wollten nun zunächst die ausnahmsweise Verweisung der von Amtswegen zu verfolgenden Preßvergehen an die Schwurgerichte beseitigen, woneben der Entwurf von 1866 auch noch eine Beschränkung der Gerichtsbarkeit der Schwurgerichte hinsichtlich der politischen Vergehen, und zwar gerade solcher, welche häufig als Preßvergehen vorkommen (Art. 151, 167, 169 des Str.G.B., Art. 20 des Ges. vom 13. Aug. 1849), eintreten lassen wollte.[11] In beiden Beziehungen wurden nach den Anträgen der Kommission der Kammer der Abgeordneten die Bestimmungen des Schwurgerichtsgesetzes von 1849 wieder aufgenommen.[12]

In Betreff der oben ausgehobenen zweiten Kategorie von Preßvergehen wurde in den beiden Entwürfen beantragt und entsprechend in dem Gesetze bestimmt, daß die in Art. 4, 10, 54 des Pol.Str.G.B. bezeichneten Vergehen künftig durchaus — ob sie als Preßvergehen verübt werden oder nicht — von den Gerichten und zwar von den Strafkammern der Kreisgerichte abgeurtheilt werden sollen.[13]

---

[11] Vergl. die Motive. Neue Justizgesetzgeb. Bd. III. 3. Abth. S. 27, 28.

[12] Neue Justizgesetzgebung Bd. III. 2. Abth. S. 77—80, 500, 571, 575; Ber. der Komm. der Kamm. d. Standesh. S. 4.

[13] Motive z. Entw. d. Ger.Verf.Ges. Reform der Justizgesetzgebung Bd. I. S. 43, 44; Motive z. Str.Pr.O. Neue Justizgesetzgebung Bd. III. 3. Abth. S. 29; Komm.Ber. ebendas. 2. Abth. S. 81. Da die Vergehen der Art. 4 u. 54 des Pol.Str.G.B. von Amtswegen zu bestrafen sind, so könnte der Zweifel erhoben werden, ob dieselben nicht, wenn sie als Preßvergehen verübt werden, nach Art. 20, §. 2, zu §. 1 Ziff. 1 der Strf.Proz.O. von den Schwurgerichten abzuurtheilen seien. Die Entwürfe hatten dieß keinesfalls beabsichtigt, und es wurde auch gegen die Bestimmung in §. 2 zu §. 1 Ziff. 2 d. keine Einwendung erhoben — mit dem Antrag der Komm. der Kammer der Abg. aber, die von Amtswegen zu verfolgenden Preßvergehen wieder den Schwurgerichten zuzuweisen,

Von der dritten Kategorie hatten die Entwürfe die Ehrenkränkung und Verleumdung gegen fremde Regenten, deren Gesandte und Behörden (Str.G.B. Art. 284 Ziff. 2 dritter Satz) unbedingt, ob sie mittelst der Presse verübt werden oder nicht, den Bezirksgerichten entzogen und den Strafkammern zugewiesen. Dieß wurde auch, nachdem ein Antrag, auch diese Vergehen, sofern sie die Eigenschaft von Preßvergehen an sich tragen, an die Schwurgerichte zu weisen, abgelehnt worden war,[14] Gesetz.

wurde, wie sich aus der Begründung ergibt, nichts weiter bezweckt, als die Bestimmungen des Schwurger.Ges. von 1849 wieder herzustellen. Es blieb dabei nur unbeachtet, daß die Fassung, in der dieß geschah, etwas zu allgemein lautete, da das Schwurgerichtsgesetz unter von Amtswegen zu verfolgenden Preßvergehen nur die im Strafgesetzbuche bedrohten verstanden hatte. Vgl. d. Komm.-Ber. a. a. O. S. 77—79, 500 und insbes. d. Komm.Ber. der Kammer d. Standesh. S. 4 Sp. 2. — Daß die fraglichen Vergehen, obschon sie nach den Strafdrohungen eigentlich oberamtsgerichtliche wären, ausnahmsweise den Strafkammern zugewiesen worden sind, kann allerdings nicht als ein Beweis dafür angesehen werden, daß der Entwurf auch die Ehrenkränkungen durch die Presse den Oberamtsgerichten habe entziehen wollen. Ihre Berücksichtigung in dem betreffenden Artikel des Entwurfes war zwar zunächst wohl durch die Bestimmung des Art. 94 des Pol.Str.G.B. veranlaßt, welcher sie nur als Preßvergehen der gerichtlichen Aburtheilung unterstellt hatte; jedenfalls gilt dieß für den Entwurf von 1863, der noch keine weiteren Vergehen des Pol.Str.G.B. an die Gerichte gewiesen hatte, und es ist sonach nicht unwahrscheinlich, daß jener Gesichtspunkt auch für ihre Ueberweisung an die Strafkammern hauptsächlich entscheidend war. Auf der andern Seite sind sie aber jedenfalls insofern abweichend von den Ehrenkränkungen und Verleumdungen behandelt worden, als sie in allen Fällen, ob sie Preßvergehen sind oder nicht, an die Strafkammern verwiesen wurden, und es ist auch anzuerkennen, daß ein Grund für eine verschiedene Behandlung derselben darin gefunden werden konnte, daß sie gegen öffentliche Behörden und Beamte, beziehungsweise gegen die öffentliche Ordnung gerichtete Vergehen sind.

[14] Verh. der Kammer der Abg. von 1866/68 Bd. II S. 1038, 1182—1196; Neue Justizgesetzgebung Bd. III. 2. Abth. S. 500, 501, 649; Ber. der Komm. der Kammer der Standesh. S. 4, 5; Verh. der Kammer d. Abg. von 1866/68 Bd. III S. 1922—1925.

Bezüglich der übrigen in diese Kategorie gehörigen Vergehen hat es nach den Entwürfen, wie nach dem Gesetze, theils bei der für das Vergehen an sich begründeten Gerichtsbarkeit, sei es der Oberamtsgerichte, sei es der Strafkammern, zu verbleiben, ohne Rücksicht darauf, ob das Vergehen durch die Presse verübt ist, — [15] theils, nämlich was die Beleidigungen gegen Mitglieder des königlichen

[15] Nach Aufhebung der Verordnung vom 25. Juli 1848, welche alle durch die Presse verübten im Str.G.B. verpönten Vergehen den Oberamtsgerichten entzogen hatte, wovon das Gesetz vom 13. Aug. 1849 nur wieder eine Ausnahme festsetzte, kann es allerdings Preßvergehen geben, welche von den Bezirksgerichten abzuurtheilen sind, sofern nämlich das Vergehen an sich ein bezirksgerichtliches ist, und nicht für den Fall, daß es durch die Presse verübt wird, eine Ausnahme gemacht ist. Nach den Entwürfen wären hieher die Vergehen des Art. 157 und 158 des Str.G.B. zu rechnen gewesen, welche jetzt als von Amtswegen zu bestrafende Vergehen im Falle der Verübung durch die Presse vor die Schwurgerichte gehören; ferner nach dem Entwurfe von 1866 das offenbar nur in Folge eines Versehens nicht den Strafkammern vorbehaltene Vergehen des Art. 169 Abs. 2 des Str.G.B. (vergl. d. Komm.Ber. Neue Justizgesetzgebung Bd. III. 2. Abth. S. 81), welches jetzt ebenfalls unbedingt vor das Schwurgericht gehört. Nach dem Gesetze gehört wohl nur noch das Vergehen des Art. 282 des Str.G.B. hieher. Daraus, daß es Preßvergehen geben kann, welche von den Bezirksgerichten abzuurtheilen sind, darf jedoch nicht gefolgert werden, daß Ehrenkränkungen und Verleumdungen in den Fällen, in welchen sie den Oberamtsgerichten zugewiesen sind, denselben auch als Preßvergehen zur Aburtheilung überlassen werden wollten. Die gleiche Möglichkeit der Aburtheilung einzelner Preßvergehen durch die Bezirksgerichte (z. B. für den Fall des Art. 282 des Str.G.B.) lag ja auch nach der Str.Pr.O. von 1843 vor, welche gleichwohl Ehrenkränkung und Verleumdung durch die Presse den Oberamtsgerichten unbedingt entzogen hatte. In jenen Fällen handelt es sich eben um Vergehen, welche, wenn je — doch nur äußerst selten als Preßvergehen vorkommen, wornach kein erhebliches Interesse vorlag, für den Fall ihrer Verübung durch die Presse eine Ausnahmebestimmung zu treffen, wie sie bezüglich der Ehrenkränkung und Verleumdung als der am häufigsten vorkommenden Art von Preßvergehen geboten erschien.

Hauses betrifft, welche unter Art. 284 Ziff. 2 Eingangsatz des Strafgesetzbuches fallen, hängt die Entscheidung der Frage, ob diese Vergehen, wenn sie Preßvergehen sind, der Aburtheilung der Oberamtsgerichte unterliegen können, oder vor die Strafkammern gehören, von der Beantwortung der allgemeinen Frage ab, wie in Art. 20 der Strafprozeßordnung über Ehrenkränkungen und Verleumdungen in Druckschriften überhaupt bestimmt ist.

Hiernach blieb für die oben erwähnte vierte Kategorie von Preßvergehen, welche durch das Gesetz vom 13. Aug. 1849 den Bezirksgerichten zur Aburtheilung in einem besonders hiefür festgesetzten Verfahren zugewiesen worden waren, noch eine Entscheidung zu treffen übrig. Daß diese besonders wichtige Gruppe nicht unbeachtet bleiben konnte, ist selbstverständlich; übrigens wird jeder Zweifel in dieser Beziehung schon dadurch gehoben, daß in den Entwürfen (wie im Gesetze) die Verleumdung nur im Falle des Art. 287 Abs. 1 des Str.G.B., also mit Ausschluß der Verleumdung durch die Presse, von welcher der zweite Absatz des genannten Artikels handelt, den Oberamtsgerichten zugewiesen worden ist.

Schon daraus ergibt sich ein gewichtiges Argument für die Absicht des Entwurfes auch in Betreff der Ehrenkränkung, sowie der Nachrede (Art. 289 des Str.G.B.), denn wie diese sämmtlichen Vergehen in dem bisherigen Rechte als zusammengehörige behandelt worden waren, in Betreff der Zuständigkeit zur Aburtheilung wie des für sie geordneten Prozeßverfahrens, so muß es von vornherein im höchsten Grade als wahrscheinlich erscheinen, daß auch der Entwurf nicht die Absicht haben konnte, sie an verschiedene Gerichte zur Aburtheilung zu verweisen. Denn jene Zusammengehörigkeit ist keine bloß äußerliche und zufällige, sondern sie beruht auf der inneren Verwandtschaft der Vergehen, die sich namentlich darin zeigt, daß es häufig zweifelhaft ist und erst durch die endliche Entscheidung gewiß wird, ob das eine oder das andere, ob

Verleumdung oder bloßer Bezücht, beziehungsweise Ehrenkränkung im eigentlichen Sinne vorliegt, wornach Gründe der Zweckmäßigkeit ganz entschieden dafür sprechen, diese Vergehen nicht an Gerichte verschiedener Stufen zur Aburtheilung zu verweisen. Dieß ist denn auch nicht geschehen, soweit es sich nicht um Preßvergehen handelt; vielmehr ist die Verleumdung, die eigentliche sowohl als das Vergehen des Art. 289, in denselben Fällen an die Bezirksgerichte und in denselben Fällen an die Strafkammern verwiesen, wie die Ehrenkränkung. Aus welchem Grunde sollte ein Unterschied gemacht worden sein zwischen Verleumdung und Ehrenkränkung für den Fall, wenn dieselben mittelst der Presse begangen werden?

Die Begründung, welche die Raths- und Anklagekammer in Ulm ihrem Beschluß beigefügt hat, will einen Grund, welcher den Gesetzgeber bestimmen konnte, zwar die Verleumdung durch die Presse den Strafkammern vorzubehalten, aber die Nachrede und die Ehrenkränkung den Oberamtsgerichten zu überlassen, darin finden, daß die Strafe für jenes Vergehen aus einem Strafrahmen von vier Wochen bis zu zwei Jahren [16] und von 50 bis 500

---

[16] Dieß ist nicht ganz richtig. Nach Art. 287 Abs. 2 des Str.G.B. ist die Freiheitsstrafe die nach dem ersten Absatze dieses Artikels verwirkte, also nur wenn die Verleumdung eine schwere Beschuldigung enthält, oder wenn einer der in Art. 284 Ziff. 1—3 bezeichneten Erschwerungsgründe eintritt, Kreisgefängniß bis zu zwei Jahren, in andern Fällen nur Gefängniß bis zu sechs Monaten. Die Ansicht freilich, daß Ehrenkränkung in Druckschriften unter allen Umständen unter die Ziff. 3 des Art. 284 falle, würde dazu führen, daß auch bei Verleumdung mittelst der Presse die Freiheitsstrafe immer in Kreisgefängniß bestehen müßte. So kann jedoch der Art. 287 Abs. 2 wohl nicht ausgelegt werden: muß aber zugegeben werden, daß die Strafe für Verleumdung durch die Presse, wenn nicht die im Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen für den höheren Strafrahmen gegeben sind, neben der Geldbuße auch bloß in Gefängniß bis zu sechs Monaten bestehen kann, so kann auch nicht behauptet werden, daß die Ehrenkränkung mittelst der Presse in Art. 284 Ziff. 3 enthalten sei.

Gulden — für die Ehrenkränkung durch die Presse dagegen nur aus einem Rahmen, der von einem Tage bis zu einem Jahre Gefängniß und von 25 bis zu 150 Gulden sich erstreckt, zu bemessen sei und erfahrungsgemäß auch die Fälle des Art. 289 in der Regel eine strengere Beurtheilung als die Fälle der Ehrenkränkung nicht zulassen, wornach bei der Verleumdung die Ueberschreitung der bezirksgerichtlichen Strafgewalt oder wenigens eine Unsicherheit über die Frage der Zuständigkeit viel eher eintreten könne, als bei der Ehrenkränkung und der Nachrede. Allein die gleichen Verhältnisse bestehen ja, was die Freiheitsstrafe betrifft, bezüglich der nicht durch Druckschriften begangenen Verleumdung und doch hat sich der Gesetzgeber dadurch nicht abhalten lassen, dieselbe ganz unter den gleichen Voraussetzungen den Oberamtsgerichten zuzuweisen, wie die Ehrenkränkung, so daß es kaum denkbar ist, daß wegen des höheren Maximums der konkurrirenden Geldstrafe es nicht für zulässig gehalten worden sein sollte, auch die Verleumdungen durch die Presse den Oberamtsgerichten zu überlassen, falls dieß bezüglich der Ehrenkränkungen in Druckschriften beabsichtigt gewesen wäre. Für eine verschiedene Behandlung der in Frage kommenden drei Preßvergehen, was die zu deren Aburtheilung zuständigen Gerichte betrifft, lassen sich in der That befriedigende Gründe nicht auffinden, und darum muß aus der unzweifelhaften Thatsache, daß die Verleumdungen in Druckschriften den Oberamtsgerichten entzogen worden sind, geschlossen werden, daß dieß auch bezüglich der Ehrenkränkungen und ehrenrührigen Nachreden mittelst der Presse der Fall sein sollte.

Hierauf führt, was die Ehrenkränkungen betrifft, ganz entschieden der Wortlaut der betreffenden Bestimmungen des Entwurfes, wie dieß oben schon nachgewiesen ist. Hätten dieselben abweichend von der Verleumdung durch die Presse den Bezirksgerichten zugewiesen werden wollen, so wäre dieß sicher ausgedrückt worden durch Beifügung des Zitates des Schlußsatzes des Art. 284 neben

den Zitaten der Ziff. 1, 2 (Eingangssatz), 3 und 4; der Vorwurf einer Ungenauigkeit hätte dieser Allegation des Schlußsatzes wohl nicht mit Grund entgegengehalten werden können.

Was die Vergehen des Art. 289 des St.G.B. betrifft, so ist es nicht ganz richtig, wenn in den Gründen zu dem Beschlusse der Raths- und Anklagekammer in Ulm gesagt wird, dieselben seien ohne jede andere Beschränkung, als die, welche sich aus den Grenzen der bezirksgerichtlichen Strafgewalt ergebe, den Oberamtsgerichten zugewiesen; denn es bezieht sich auf sie wie auf den unmittelbar zuvor erwähnten Art. 287 Abs. 1 des St.G.B. der Beisatz: „vergl. mit Art. 284 Ziff. 1, 2 Eingangssatz und 3" — woraus an sich schon erhellt, daß dieses Vergehen nur in den gleichen Fällen, wie auch die erschwerte Ehrenkränkung, an die Oberamtsgerichte gewiesen werden sollte, und dieß folgt, was die Verübung in Druckschriften betrifft, noch weiter daraus, daß nach Art. 289 für die Bestrafung die Bestimmungen des Art. 287 Abs. 2 maßgebend sind, also eines Falles, für welchen nach dem Art. 20 der St.Pr.O. die Gerichtsbarkeit der Oberamtsgerichte ausgeschlossen ist. Unter diesen Umständen konnte der Entwurf schwerlich ein Mißverständniß besorgen zu müssen glauben: hatte er doch für seine Ausdrucksweise einen Vorgang in dem Kompetenzgesetz vom 1. März 1839 Art. 8, welcher den Bezirksgerichten die Erkenntnißfällung zuweist in den Fällen

„der Ehrenkränkung, sofern das Vergehen — — — nicht durch Druckschriften verübt ist; der Verleumdung (Art. 287 Abs. 1, Art. 289);"

ohne daß jemals die Behauptung aufgestellt worden wäre, es seien hiernach für das Vergehen des Art. 289, wenn es durch die Presse verübt worden, die Oberamtsgerichte befugt gewesen, das Erkenntniß zu fällen.

Mag es nun auch auf den ersten Blick etwas Befremdendes zu haben scheinen, daß der Entwurf Ehrenkränkungen und Verleumdungen mittelst der Presse, welche

das Gesetz vom 13. August 1849 an die Bezirksgerichte gewiesen hatte, diesen Gerichten wieder entzogen haben sollte, so liegen die Gründe hiefür in der That doch nahe. Die Gerichtsbarkeit der Oberamtsgerichte wurde ja gegen früher, hauptsächlich wegen der Abschaffung des Rekurses, wesentlich beschränkt in der Art, daß sie nur noch in geringfügigen Straffällen zu erkennen haben sollten (Entw. d. Ger.Verf.Ges. v. 1866 Art. 9). Zu den geringfügigen Sachen aber gehören die in Frage stehenden Vergehen zwar wohl in der Regel, wenn man nur auf das Maß der Strafen sieht, auf welche zu erkennen ist, nicht aber nach der Werthschätzung, welche ihnen von den Betheiligten und in der öffentlichen Meinung beigelegt wird. In dieser Beziehung besteht vielmehr ein wesentlicher Unterschied zwischen gewöhnlichen Verleumdungs- und Injuriensachen und zwischen Preßprozessen über solche Vergehen, bei welchen, wie die Erfahrung zeigt, so häufig in der Person der eigentlich Betheiligten sich ganze Parteien befehden, die im Staate oder der Gemeinde sich gegenüberstehen, — Fragen zur Erörterung gebracht werden, welche die öffentliche Meinung in weiteren oder engeren Kreisen bewegen und jedenfalls in der Regel die Grenzen des Rechtes der freien Meinungsäußerung in der Presse in Frage stehen. Für den Entwurf von 1863 ist hiebei wesentlich noch in Betracht zu ziehen, von welcher Organisation der Bezirksgerichte derselbe ausging. In den Sachen, wovon es sich handelt, konnte doch wohl einem Einzelrichter mit zwei Schöffen das Erkenntniß nicht überlassen werden wollen. Der Entwurf von 1866 aber kehrte zwar zu einer Besetzung der Oberamtsgerichte zurück, welche der früheren gleichsteht. Allein auch er fand es nicht möglich, den Oberamtsgerichten eine weiter gehende Strafgewalt einzuräumen. Vielmehr erklären die Motive ausdrücklich: „dieselbe Strafbefugniß, welche der 1863 veröffentlichte Entwurf den Einzelrichtern einräumen wollte, ist nun in dem vorliegenden Entwurf für die Oberamtsgerichte beantragt.

— — Noch höhere Strafgewalt ihnen beizulegen, trug man Bedenken, weil der Rekurs künftig aufhören soll, weil unter den rechtsprechenden Richtern wenigstens sehr oft der Untersuchungsrichter mitzuwirken hat und sodann, weil hier das Anklageverfahren nicht ganz in der Form sich durchführen läßt, wie bei den höhern Gerichten." [17]

Hiemit ist ein weiterer Grund angedeutet, welcher vom Standpunkte des Entwurfes gegen die Zuweisung der Preßprozesse in Ehrenkränkungssachen an die Oberamtsgerichte wesentlich in Betracht kommen mußte. Es ist später von der Kommission der Abgeordneten mit Recht hervorgehoben worden, daß bei Ehrenkränkungen und Verleumdungen namentlich wenn sie mittelst der Presse verübt werden, entschieden das Bedürfniß eines akkusatorischen und kontradiktorischen Verfahrens bestehe, wie es durch die Verordnung vom 25. Juli 1848 und das Gesetz vom 13. August 1849 auch anerkannt war. Die Erfahrung beweist auch, daß in solchen Fällen die Beiziehung von Advokaten von den Parteien selten unterlassen wird. Nun kannte aber der Entwurf von 1866 so wenig als der von 1863 irgend eine Art der Privatanklage; vielmehr wollte er dieselbe in jeder Form grundsätzlich ausgeschlossen wissen. [18] Andererseits konnte der Entwurf von 1866 (abweichend von dem von 1863) auch auf eine regelmäßige Vertretung der Anklage durch die Staatsanwaltschaft in dem bezirksgerichtlichen Verfahren nicht rechnen, und es war die Entbehrlichkeit einer solchen Vertretung gerade damit motivirt, „daß bei diesen geringfügigen Strafsachen das Bedürfniß eines öffentlichen Anklägers in weit geringerem Maße vorhanden sei, weil hier das Auftreten eines Vertheidigers, dem in der öffentlich-mündlichen Verhandlung ein Vertreter der Staatsbehörde gegenüberzustehen

---

[17] Reform der Justizgesetzgebung I. Abth. S. 56.

[18] Motive zur Str.Pr.Ord.; Neue Justizgesetzgebung Bd. III, 3. Abth. S. 2, 5, 8—9.

hätte, zu den Seltenheiten gehören werde." [19] Der Entwurf konnte somit eben weil er eine Privatanklage nicht zulassen wollte, den Oberamtsgerichten Strafsachen nicht zuweisen wollen, bei welchen das Auftreten von Vertheidigern als das Regelmäßige in Rücksicht genommen werden mußte, da für solche Fälle das der Staatsanwaltschaft eingeräumte Recht der Mitwirkung in dem oberamtsgerichtlichen Verfahren nicht als ausreichend erscheinen konnte.

Nach all dem muß wohl die Frage, ob die betreffenden Preßvergehen den Oberamtsgerichten zur Aburtheilung haben zugewiesen werden wollen, von dem Standpunkte der Entwürfe, insbesondere desjenigen von 1866 aus, auch für die Fälle der Ehrenkränkung, sowie des Art. 289 des St.G.B. entschieden verneint werden.

Die mit der Begutachtung des Entwurfes beauftragte Abtheilung der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten scheint die bezüglichen Bestimmungen in Art. 19 des Entwurfes allerdings in anderem Sinne aufgefaßt zu haben. Der Bericht zu diesem Artikel zählt als Vergehen, welche den Oberamtsgerichten gegen die Regel des §. 1. Ziff. 3 unter der Voraussetzung, daß im einzelnen Falle nicht eine die Strafbefugniß derselben übersteigende Strafe verwirkt ist, zugewiesen werden sollen, auf:

„Ehrenkränkung, ausgenommen, wenn sie an obrigkeitlichen Personen des Art. 399 des St.G.B. 1, 3 u 4, an religiösen oder politischen Körperschaften, Regenten, Gesandten oder Behörden fremder Staaten verübt ist (Art. 284 1, 2 Eingang, 3, 4, Art. 23 d. Ges. v. 13. Aug. 1849), Verleumdung und unwahre Nachrede Art. 287, 289." [20]

Diese Stelle wäre für die Auffassung der Kommission an und für sich noch nicht beweisend. Denn offenbar ist

---

[19] Motive a. a. O. S. 2, 4, Entw. Art. 2, 4, 406.

[20] Kommissionsbericht: die neue Justizgesetzgebung Bd. III, Abth. 2 S. 81, 82.

die Aufzählung der einzelnen Fälle in derselben eine höchst ungenaue, da Verleumdung und Nachrede ganz allgemein genannt sind, ohne der Beschränkungen zu erwähnen, welche der Entwurf auch hier durch den Beisatz: „vgl. mit Artikel 284 Z. 1, 2 im Eingangssatz, 3" gemacht hatte, und da hinsichtlich der Verleumdung der Art. 287 im Allgemeinen allegirt wird, während im Entwurfe ausdrücklich nur der erste Absatz dieses Artikels angeführt war. In gleicher Weise könnte man annehmen, daß die Uebergehung des Schlußsatzes des Art. 284 bei Aufzählung der hieher gehörigen Ausnahmen eben auf einer Ungenauigkeit beruhe, oder unterstellen, daß eine vollständige und genaue Aufzählung der einzelnen Fälle von der Kommission überhaupt nicht beabsichtigt gewesen sei, zumal da ein Antrag auf Abänderung des Entwurfes in den hier in Frage stehenden Bestimmungen von derselben nicht gestellt wurde.

Eine derartige Erklärung ist freilich nicht mehr möglich für die Ausführung des Kommissionsberichtes zu Begründung des Antrags auf Zulassung der Privatanklage in denjenigen oberamtsgerichtlichen Straffällen, bei welchen der Charakter der Privatgenugthuung den der öffentlichen Strafe überwiegt; indem hier ausdrücklich gesagt wird, daß dieser Gesichtspunkt zumeist bei der Ehrenkränkung und Verleumdung zutreffe, namentlich wenn sie mittelst der Presse verübt worden sei, und die Einführung der Privatanklage unter Hinweisung auf das in der bisherigen Gesetzgebung anerkannte Bedürfniß eines ackusatorischen und kontradiktorischen Verfahrens bei mittelst der Presse verübten Ehrenkränkungen damit motivirt wird, daß in den oberamtsgerichtlichen Straffällen die Anklage einer Vertretung regelmäßig entbehre und gerade in den bezeichneten Fällen fast immer entbehren werde, weil hiebei das öffentliche Interesse ein geringeres sei.[21] Hierin muß unzweifelhaft die Ansicht

[21] Kommissionsbericht a. a. O. 407—409.

ausgesprochen gefunden werden, daß Ehrenkränkung und Verleumdung mittelst der Presse oberamtsgerichtliche Straffälle seien. Es liegt somit, was zunächst die Verleumdung betrifft, ein unleugbares Uebersehen einer ausdrücklichen klaren Bestimmung des Entwurfes vor, — entsprechend der unrichtigen Anführung dieser Bestimmung in dem Kommissionsberichte zu Art. 19 — keineswegs blos, wie die Raths- und Anklagekammer zu Ulm annimmt, die ungenaue Bezeichnung „Verleumdung" statt: „verleumderischer Bezücht." Denn offenbar ging die Kommission davon aus, daß die Preßvergehen der Verleumdung und Ehrenkränkung in demselben Umfang wie durch das Gesetz vom 13. August 1849 den Oberamtsgerichten zugewiesen seien, und sie konnte unmöglich so, wie geschehen, und ohne Hervorhebung des Unterschieds in den Bestimmungen des Entwurfes und jenes Gesetzes ihren Antrag begründen, wenn sie sich bewußt war, daß die Verleumdung durch die Presse (Art. 287 Abs. 2 des St.G.B.) nach dem Entwurfe gar nicht vor die Oberamtsgerichte gehöre. Kann aber dieser eine unzweifelhafte Irrthum der Kommission nicht bestritten werden, so darf man kein Bedenken tragen, die gleiche unrichtige Auffassung des Entwurfes auch in Betreff der vermeintlichen Zuständigkeit der Oberamtsgerichte für die weiteren Preßvergehen der Ehrenkränkung und ehrenkränkenden Nachrede zu unterstellen, wie dieß nothwendig geschehen muß, wenn dasjenige richtig ist, was oben über die Absicht des Entwurfes ausgeführt worden ist. Ein Mißverständniß in dieser weiteren Beziehung war ohnehin eher möglich und es war, nachdem einmal das Zitat des Art. 287 Abs. 1 in Art. 19 des Entwurfes übersehen worden war, auch dadurch nahe gelegt, daß die sämmtlichen in Frage kommenden Vergehen nach dem bestehenden Rechte von den Oberamtsgerichten abzuurtheilen waren. (Die Formulirung des Antrags der Kommission war noch unrichtiger; darnach sollte die Privatanklage Statt finden „in Fällen der Ehrenkränkung und Verleumdung, sowie bei

leichten Körperverletzungen (Str.G.B. Art. 283—294 und 261, Ges. v. 13. Aug. 1849 Art. 23)" u. s. w.[22] — wornach also auch die sonstigen Beschränkungen der oberamtsgerichtlichen Strafbefugniß bei der Ehrenkränkung und Verleumdung, wie sie im Entwurfe festgesetzt waren, gänzlich unbeachtet blieben.

Fragt es sich nun, welches Gewicht für die Auslegung des Gesetzes dem Umstand beizulegen ist, daß die Kommission der Kammer der Abgeordneten von einer irrigen Auffassung der einschlägigen Bestimmungen des Entwurfes geleitet war, so ist vor Allem zuzugeben, daß in den ferneren Stadien bis zur Verabschiedung des Gesetzes gegen jene Aeußerungen in dem Kommissionsberichte von keiner Seite Widerspruch erhoben wurde. Die Erklärungen, welche das Justizministerium in Betreff des Art. 19 der Kommission zugehen ließ, beschränkten sich auf die von der Kommission zu diesem Artikel gestellten Aenderungsanträge, ohne auf die hiemit nicht im Zusammenhang stehenden Bemerkungen des Kommissionsberichtes über die nach dem Entwurfe den Oberamtsgerichten zugewiesenen Vergehen sich einzulassen.[23] In der Gesammtkommission kamen die hier in Frage stehenden Bestimmungen des Art. 19 des Entwurfes nicht zur Erörterung. In Betreff der Privatanklage erklärte sich das Justizministerium mit deren Zulassung für die von der Kommission hervorgehobenen Straffälle und mit den einzelnen von der Kommission vorgeschlagenen Bestimmungen „im Ganzen einverstanden," indem es zugleich eine Reihe von Aenderungen und Ergänzungen in Vorschlag brachte, und namentlich was die Fälle betrifft, in welchen die Privatanklage zulässig sein solle, die verbesserte Fassung vorschlug: „in den vor die Oberamtsgerichte gehörigen Fällen von Ehrenkränkung und Verleumdung u. s. w."[24]

---

[22] Kommissionsbericht a. a. O. S. 410.

[23] Nachträglicher Bericht der Kommission a. a. O. S. 500, 501.

[24] Nachträglicher Bericht a. a. O. S. 557—558.

In dem Berichte der Kommission der Kammer der Standesherren ist bezüglich des Art. 19 nur erwähnt, es sei den Oberamtsgerichten gestattet, hinsichtlich einer Mehrzahl von Vergehen, bei welchen die gesetzliche Strafrahme unter und über drei Monate und 100 Gulden sich erstrecke, dann zu erkennen, wenn nach den Umständen des einzelnen Falles diese Strafgröße nicht zu überschreiten sei. Welches diese Vergehen nach dem Entwurfe, beziehungsweise nach den Beschlüssen der anderen Kammer seien, darüber geht der Bericht mit Stillschweigen hinweg. (vgl. d. Ber. S. 5 Sp. 1). Auch in Betreff der Anträge auf Zulassung der Privatanklage wurde nur bemerkt, dieselbe solle Statt finden „in den vor die Oberamtsgerichte gehörigen Fällen von Ehrenkränkung und Verleumdung" u. s. w. (Ber. S. 25 Sp. 1). Ein Antrag an die Kammer der Standesherren wurde weder zu Art. 19 soweit er hier in Betracht kommt, noch in der anderen Beziehung gestellt.

Gewiß ist daher jedenfalls, daß der Art. 19 des Entwurfes in dem betreffenden Theile unverändert von sämmtlichen gesetzgebenden Faktoren angenommen wurde, und ebenso die Anträge in Betreff der Privatanklage in der Form, wie sie sich nach der Verständigung zwischen der Kommission der Kammer der Abgeordneten und dem Justizministerium gestaltet hatten, verabschiedet worden sind. Aus der unveränderten Annahme einer Bestimmung des Entwurfes folgt aber noch keineswegs, daß damit auch jeder in dem Kommissionsberichte niedergelegten Bemerkung über die Auslegung der betreffenden Bestimmung, auch wenn dieselbe unzweifelhaft auf irriger Auffassung beruht, zugestimmt werden wollte, und ebenso wenig kann mit der Annahme eines von der Kommission gestellten Antrags auch alles Dasjenige als genehmigt angesehen werden, was zu Begründung des Vorschlags angeführt wurde, ohne daß es für die Annahme des Antrags die nothwendige Voraussetzung bildete, zumal wenn einer derartigen Motivirung

nur ein Mißverständniß des Sinnes anderweitiger Bestimmungen des Entwurfes zu Grunde liegt. Zu diesen Schlußfolgerungen ist man um so weniger berechtigt, da der Gesetzentwurf, ohne daß — einige Punkte abgerechnet — eine Einzelberathung vorhergegangen wäre, von den Kammern im Ganzen angenommen wurde. Schon was die vorgängigen Verhandlungen zwischen dem Justizministerium und der Kommission betrifft, wäre es nicht gerechtfertigt, aus dem Schweigen des Organes der Regierung den Schluß zu ziehen, daß dasselbe sich mit den in Frage stehenden unrichtigen Voraussetzungen des Kommissionsberichtes habe einverstanden erklären wollen. Denn zu Art. 19 hatte das Justizministerium, da in Betreff der den Oberamtsgerichten zuzuweisenden Straffälle kein Aenderungsantrag gestellt worden war, auch keine Veranlassung, auf die dießfällige Ausführung in dem Kommissionsberichte einzugehen, so daß aus dem Unterlassen einer Gegenbemerkung noch nicht das Einverständniß mit den Aeußerungen der Kommission geschlossen werden muß. Bei Stellung des Antrags in Betreff der Privatanklage aber bildete für die Kommission freilich ihre Ansicht, daß Verleumdungen und Ehrenkränkungen mittelst der Presse auch nach dem Entwurfe oberamtsgerichtliche Fälle seien, eines der hauptsächlichsten Motive. Daß aber durch die Zustimmung zu dem Antrag auch die irrige Ansicht der Kommission hinsichtlich jener Voraussetzung gebilligt worden sei, könnte mit Grund doch nur dann behauptet werden, wenn außerdem der Antrag selbst gegenstandslos gewesen wäre. Dieß ist nicht der Fall und auch aus den Erklärungen des Justizministeriums, insbesondere dem veränderten Fassungsvorschlag desselben, ergibt sich nur das, daß es in den vor die Oberamtsgerichte gehörigen Fällen von Angriffen auf die Ehre die Privatanklage zulassen, nicht aber, daß es sich an diesem Orte darüber, welche Fälle nach den Bestimmungen des Entwurfes hieher zu rechnen seien, hätte aussprechen, beziehungsweise sich mit der von der richtigen Auslegung

des Art. 19 des Entwurfes abweichenden Ansicht der Kommission hätte einverstanden erklären wollen. — Daß durch die Annahme der betreffenden Bestimmungen des Entwurfes sowie der Anträge in Betreff der Privatanklage von Seiten der beiden Kammern die irrigen Voraussetzungen der Kommission nicht — auch nur stillschweigend als gebilligt angesehen werden müssen, bedarf vollends keines Beweises.

Hiernach kann man sich für die Auslegung der fraglichen Bestimmung in Art. 20 der Str.Pr.O. im Sinne der Beschlüsse der Raths- und Anklagekammern zu Ulm, Stuttgart und Rottweil auch nicht auf den übereinstimmenden Willen der gesetzgebenden Faktoren berufen. Könnte eine solche Uebereinstimmung aber auch als nachgewiesen angenommen werden, so würde es sich, wie in der Begründung zu dem Beschlusse der Raths- und Anklagekammer des Gerichtshofes zu Stuttgart ganz richtig hervorgehoben ist, immer noch fragen, ob der in der Absicht des Gesetzgebers gelegene Gedanke in dem Gesetze auch wirklich zum Ausdruck gekommen ist. Eine Bejahung dieser Frage ließe sich etwa noch für das Vergehen des Art. 289 des St.G.B. vertheidigen, weil der Erwähnung desselben in Art. 20 §. 2 der Str.Pr.O. die Hinweisung auf den Art. 287 Abs. 1 nicht ausdrücklich beigefügt ist. Dagegen wäre in Absicht auf die mittelst der Presse verübte Ehrenkränkung auch diese Frage entschieden zu verneinen, weil es, wie bereits ausgeführt worden, nicht möglich ist, diesen Fall der erschwerten Ehrenkränkung, welcher in dem Schlußsatz des Art. 284 des St.G.B. bezeichnet ist, in einem der in Art. 20 §. 2 allein hervorgehobenen Fälle der Ziff. 1—4 des Art. 284 als inbegriffen anzusehen.

Ueber den Einfluß des ausländischen Wohnsitzes und Staatsbürgerrechtes auf die Zuständigkeit der württembergischen Gerichte.

Ein Beitrag zur Auslegung der Art. 32, 34, 35, 43 und 822 Ziff. 4 der Civilprozeßordnung vom 3. April 1868.

(Von Hrn. Rechtsanwalt L. Kielmeyer.)

Die in der Ueberschrift ausgehobenen Gesetzesartikel erscheinen dazu bestimmt, in erheblichen Beziehungen die territorialen Berufsgrenzen unserer Gerichte im Gegensatz zu den seither geltenden Grundsätzen des internationalen Rechts theils zu erweitern, theils einzuschränken.

Der Versuch, dieselben theils in ihrem Zusammenhang unter sich, theils in Vergleichung mit den modernen Gesetzgebungsprinzipien näher zu erläutern, setzt daher eine allgemeine Vorbesprechung dessen, was seither in dieser Materie Rechtens gewesen ist, voraus.

Unter dem allgemeinen Gerichtsstand versteht das gemeine Prozeßrecht dasjenige Subjektionsverhältniß einer Person zu einem Gerichte, nach welchem sie bei letzterem hinsichtlich aller ihrer Rechtsverhältnisse (soweit nicht das positive Recht eine besondere Ausnahme statuirt, sogen. forum speciale exclusivum) jedem Kläger Recht zu geben, schuldig ist.

Ein solches Subjektionsverhältniß besteht nach heutigem gemeinem Rechte nur zu dem Gerichte des Ortes, an welchem eine Person ihren Wohnsitz hat. Wie nämlich der Wohnsitz derjenige Ort ist, dessen territorialem Rechte die Person selbst durch die Konzentrirung ihrer ganzen individuellen Rechtssphäre sich unterwirft, so ist derselbe auch allein maßgebend, wenn es sich um die Frage handelt, ob ein richterlicher Zwang gegen sie ausgeübt werden kann, da alle Kompetenz ihren letzten theoretischen Grund in der abstrakten Möglichkeit der Ausübung des Gerichts-

zwanges hat, dieser aber bezüglich aller Rechtsverhältnisse eben nur an dem des Domizils zutrifft. Nach gemeinem Rechte ist nun dieses forum domicilii der einzige allgemeine Gerichtsstand, da das forum originis des römischen Rechtes, welches als allgemeiner Gerichtsstand konkurrirte, im gemeinen deutschen Rechte keinen Eingang gefunden hat.[1] Dieser Gerichtsstand des Wohnsitzes als einziger allgemeiner Gerichtsstand hat nun aber eine von dem römischen Rechte abweichende Entwicklung genommen. Während nämlich nach letzterem nur die Angehörigen der römischen Weltmonarchie im Vollgenusse der bürgerlichen Rechte waren, der eigentliche Ausländer dagegen rechtlos war, ist nach dem heutigen internationalen Rechte der Ausländer in seinen privatrechtlichen Beziehungen dem Inländer gleich gestellt Zufolge dieses Grundsatzes hat

1) der Ausländer denselben Rechtsschutz vor den Gerichten des Staates zu genießen, wie der Einheimische, mag er nun als Kläger oder Beklagter vor ihnen auftreten. Diesen Grundsatz hat das K. Obertribunal wiederholt auch in solchen Fällen zur Anwendung gebracht, wo es sich um Arrestklagen von Ausländern gegen Ausländer bei württ. Gerichten handelte, indem es die Zuläßigkeit solcher Arrestklagen vermöge eines Plenarbeschlusses durch den Grundsatz motivirte, „daß nach allgemeinen Prinzipien „und den heutzutage geltenden internationalen Grundsätzen „dem Fremden gleiches Recht verwaltet werde, wie dem „Inländer."[2]

2) Die Gerichte des Staates haben den allgemeinen Gerichtsstand einer Person als solchen anzuerkennen, mag deren Wohnsitz im In- oder im Auslande gelegen sein.

---

[1] vgl. Osterloh, der ordentliche bürgerliche Prozeß, Leipzig, 1860. §. 136, 137; Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, Leipzig 1861, §. 40 und die dort angeführten Rechtslehrer.

[2] Savigny, System Bd. VIII, §. 348 S. 27 und 28; vgl. Seuffert Archiv Bd. XIII, No. 282; Württemb. Archiv Bd. VI, S. 122 ff.

Der im Auslande wohnende Inländer kann also vor den Gerichten seiner Heimath nur dann und in so weit belangt werden, als ein forum speciale innerhalb Landes gegen ihn begründet ist.

Der letztere Satz folgt für das gemeine Recht daraus, daß der Gerichtsstand des Wohnsitzes der einzige allgemeine Gerichtsstand ist. Insbesondere gibt es gemeinrechtlich keinen allgemeinen Gerichtsstand in der Gemeinde, der eine Person mit Ortsbürgerrecht angehört. Die bloße Staatsangehörigkeit aber könnte einen Gerichtsstand überhaupt nicht begründen, da hiedurch eine lokale Subjektion unter ein einzelnes Gericht überhaupt nicht, sondern nur der Gehorsam gegenüber der Staatsgewalt im Allgemeinen begründet wird und kein vernünftiges Interesse den Staat zu dem Verlangen berechtigt, daß seine Bürger wegen aller auch im ausländischen Domizil begründeten Rechtsverhältnisse im Inland Recht stehen.

Hierin stimmen auch alle neueren Rechtslehrer des gemeinen Rechtes überein, insbesondere Savigny und Wetzell a. a. O.[3] Auch in Württemberg war der Satz, daß es nur ein forum generale und zwar des Domizils gibt, und daß dieser Gerichtsstand unabhängig von der Frage der Staatsangehörigkeit ist, bis in die neueste Zeit allgemein angenommen. Scheurlen[4] behandelt die ganze Frage vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus und erwähnt zwar eine Entscheidung des K. Obertribunals vom 19. März 1824, wornach der Bezug einer Pension vom württemb. Staate für Klagen gegen den im Ausland wohnenden Pensionär einen allgemeinen Gerichtsstand in Württemberg begründe, aber nicht ohne die Richtigkeit dieser singulären Entscheidung in Zweifel zu stellen. Auch

---

[3] Nur Osterloh a. a. O. ist — übrigens ohne jede Begründung — anderer Ansicht, indem er die Staatsangehörigkeit in den Begriff des Domizils aufnimmt, d. h. gegenüber einem Ausländer das forum domicilii im Inland negirt.

[4] Civilprozeß Bd. I, §. 74.

Schütz[5] und Berner-Schäfer[6] behandeln die angeführte Thesis des K. Obertribunals als eine reine Singularität und Hufnagel[7] bemerkt hiezu ausdrücklich, daß diese vereinzelte Singularität als ein bloßer „Nothbehelf" aus Zweckmäßigkeitsgründen und nicht etwa aus dem Wesen des allgemeinen Gerichtsstandes sich erklären lasse. Auch Volley's Entwurf bestimmt offenbar im Anschluß und in Ausführung dessen, was bisher als württemberg. Praxis galt, in §. 103b:

„Hat ein Landesunterthan seinen Wohnsitz oder Auf-„enthaltsort plötzlich verlassen, sein gegenwärtiger „Aufenthaltsort ist aber unbekannt, so kann der-„selbe vor dem Gerichte des Ortes, wo er seinen letzten „bekannten Wohnsitz oder Aufenthalt gehabt hat, belangt „werden."

Hat hiernach der württembergische Unterthan seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt und ist dieser neue Wohnort bekannt, so greift die Bestimmung des §. 103b nicht Platz, sondern er ist an letzterem Orte zu belangen. Ganz dieselbe Bestimmung nahm dann auch der Harpprecht'sche Entwurf von 1849 Art. 61 als dem bisherigen Rechte entsprechend auf.

Erstmals in einer Entscheidung des K. Obertribunals vom 29. April 1862[8] wird von dem K. Obertribunal der allgemeine Satz aufgestellt, daß der Württemberger, welcher seinen Wohnsitz in das Ausland verlegt habe, dessen ungeachtet „seinen allgemeinen Gerichtsstand „vor dem württemb. Gerichte seines früheren „Wohnsitzes beibehalte und bei demselben nach „der Wahl des Klägers belangt werden könne,

---

[5] Civilprozeß S. 85.

[6] Das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen S. 148.

[7] in Sarwey's Monatschrift Bd. I, S. 507—508.

[8] Abgedruckt in diesem Archiv Bd. V, S. 454; vergl. auch Bd. X, S. 218, wo sich derselbe Satz einem im Ausland wohnenden Standesherrn gegenüber angewendet findet.

„ja daß es zu den jedem Staatsangehörigen „obliegenden Pflichten gehöre, vor den Gerichten seines Staates Recht zu geben," es gehe dieß aus dem Subjektionsverhältniß zu dem Staat, dem er angehöre, hervor.

Diese neue weder mit dem seitherigen württembergischen, noch mit dem gemeinen Rechte im Einklang stehende Thesis,[9] wodurch gegen den im Ausland wohnenden Württemberger für Klagen aller Art sowohl in- als ausländischen Klägern gegenüber ein allgemeines forum des gewesenen Wohnsitzes statuirt wurde, gibt in ihren Konsequenzen zu gerechten Bedenken Anlaß. Man vergegenwärtige sich z. B. den Fall, daß ein in Zürich ansäßiger württemb. Fabrikant, so oft er in Differenzen mit seinen Schweizer Geschäftskunden oder seinen Fabrikarbeitern geräth, von diesen nach Belieben beim Oberamtsgerichte Künzelsau oder Tettnang u. s. w. statt vor den Züricher Gerichten soll belangt werden können. Oder man denke sich einen seit Jahren in Chili domizilirten Württemberger, einen Mann, der vielleicht kaum seine Muttersprache mehr kennt und der von einer dortigen meretrix bei dem Stadtgerichte Stuttgart wegen eines in Peru begangenen stuprum mit einer Alimentationsklage verfolgt würde! Zur Begründung dieses Beschlusses beruft sich das K. Obertribunal insbesondere auch auf den §. 32 der Verfassungsurkunde und auf den §. 8 Abs. 4 des Jurisdiktions-Vertrages mit Bayern. Allein der §. 32 ist ein exzeptioneller Satz, welcher aus besonderen politischen Erwägungen mit Rücksicht auf die garantirte Auswanderungsfreiheit hervorgegangen und gar nicht einen allgemeinen Gerichtsstand des Domizils begründen, sondern gerade auf entgegengesetztem Weg durch die Person des im Lande domizilirten Bürgen den Zweck der Sicherstellung des Klägers erreichen wollte. Auch hat dieser §. überhaupt gar nicht den Fall eines im Ausland

[9] vgl. auch Lauterbach, dissertatio de domicilio.

domizilirten Württembergers, sondern eines Nichtwürttembergers — eines gewesenen Württembergers — im Auge, und bezieht sich zudem ausschließlich auf die früher im Lande kontrahirten Schulden. Klagen, aus erst im Auslande entstandenen Rechtsverhältnissen sind hiernach ausgeschlossen, während die Thesis des K. Obertribunals sich nicht auf die vor dem Wegzuge erwachsenen Ansprüche beschränkt. Dasselbe ist gegen die Berufung auf den §. 8 Abs. 4 des Jurisdiktionsvertrages mit Bayern zu bemerken, da dieser nur eine Wiederholung des §. 32 der Verfassungsurkunde enthält.[10]

Uebrigens fragt es sich, wie dieser Beschluß des K. Obertribunals sich zu einem früheren Erlasse desselben höchsten Gerichtes verhält. Bezüglich des forum hered. jac., welches in seiner richtigen theoretischen Entwicklung nichts Anderes, als die Fortsetzung des bei Lebzeiten bestandenen forum domicilii des Erblassers ist, hat sich der Civil- und Pupillensenat des K. Obertribunals in einem Erlasse vom 19. März 1859[11] dahin ausgesprochen, daß dem Ansinnen der österreichischen Regierung, bezüglich der Behandlung des beweglichen Vermögens der in einem Staate verstorbenen Angehörigen des andern Staates auf das Unterthanenverhältniß und nicht auf den Wohnsitz Rücksicht zu nehmen, nicht habe entsprochen werden können, da nach gemeinem und württemb. Rechte für diese Zuständigkeit nur der Wohnsitz, nicht das Unterthanenverhältniß maßgebend

---

[10] Die Konklusion des Obertribunals ist folgende: Die Thatsache der Auswanderung kann unmöglich einen Gerichtsstand erst erzeugen. Wenn also der §. 32 voraussetzt, daß der Auswandernde 1 Jahr nachher vor den württembergischen Gerichten Recht zu geben habe, so muß derselbe bei seiner Auswanderung einen Gerichtsstand in Württemberg unter allen Umständen, also auch, da dieser Fall nicht ausgenommen ist, dann gehabt haben, wenn er schon früher seinen Wohnsitz außerhalb Württembergs genommen hatte. (Sy.)

[11] s. Boscher, Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. I, S. 48, 121.

sei, ein Grundsatz, welcher gegenseitig zur Anwendung komme, so daß auch bei den in Oesterreich wohnenden Württembergern bezüglich des forum hereditatis jacentis nach ihrem Tode nicht das Subjektionsverhältniß zu der Krone Württemberg, sondern der Wohnsitz in Oesterreich auch von den württ. Behörden als maßgebend anzuerkennen sei.

Dieser Grundsatz stimmt auch durchaus mit dem von der württ. Praxis niemals angezweifelten Prinzip überein, wonach für in Württemberg domizilirte Ausländer der Gerichtsstand des inländischen Wohnsitzes der allgemeine Gerichtsstand ist, gleichviel, ob das streitige Rechtsverhältniß im In- oder Ausland entstanden ist und ob der Kläger ein In- oder Ausländer ist.

Warum aber das Gesetz der Reziprozität nur auf das forum hereditatis nicht auch auf das stammverwandte forum domicilii angewendet werden, warum wir nur bei ersterem nicht auch bei letzterem die Berechtigung der auswärtigen Staatsgewalt innerhalb ihres Territoriums anerkennen sollen, darüber ist in den beiden nicht im Einklange stehenden Thesen des K. Obertribunals keinerlei Andeutung gegeben.[12] Dieselben Grundsätze finden sich

---

[12] Der Hr. Verfasser geht davon aus, daß der in dem Erlasse des K. Obertribunals vom 19. März 1859 ausgesprochene Grundsatz der prinzipiell richtige und ein in allgemeiner Geltung befindlicher Satz sei. Dieß dürfte nicht unbedingt anzuerkennen sein. Abgesehen davon, daß wenigstens bis zum Jahre 1859 der Satz, daß ohne alle Rücksicht auf die Staatszugehörigkeit das Domizil zur Zeit des Todes über die Zuständigkeit zur Behandlung der Erbschaftssachen entscheide, nicht von sämmtlichen württ. Theilungsbehörden anerkannt war, erheben sich wesentliche materielle Bedenken gegen denselben. Sieht man von dem forum hereditatis jacentis im Falle eines Erbschaftsstreites ab und faßt man nur die Thätigkeit der Theilungsbehörde auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit in das Auge, so treten die Unzuträglichkeiten der in dem Erlaß vom 19. März 1859 ausgesprochenen Grundsätze sofort hervor. Die rechtspolizeiliche Thätigkeit in Württ-

in den Jurisdiktionsverträgen und in neueren Gesetzgebungsarbeiten.[13]

Der §. 6. des Jurisdiktionsvertrages mit Baden und Bayern enthält das Anerkenntniß, daß, abgesehen von dem

---

temberg geht weiter, als in sehr vielen andern Staaten und andererseits wird dieser Theil der Justiz in sehr billiger Weise verwaltet. Es läßt sich daher wohl die Frage erheben, ob der württ. Staat diejenige polizeiliche Fürsorge, welche er zunächst im Hinblick auf seine Staatsangehörigen angeordnet hat, auch auswärtigen Staatsangehörigen zu gewähren verpflichtet ist, welche ihren Wohnsitz ohne Veränderung ihres Staatsbürgerrechtes im Inland genommen haben, obwohl der eigene Staat derselben sowohl seinen Staatsangehörigen als Fremden gegenüber dieselbe rechtspolizeiliche Fürsorge nicht übt. Auf der andern Seite kann die Einmischung der württ. Behörden in die Theilungssache eines in Württemberg domizilirten Ausländers von dessen Hinterbliebenen als eine unberechtigte Belästigung sehr wohl empfunden werden und wird auch als solche bekämpft. Ohnehin können nicht alle Konsequenzen der Domizilname eines Ausländers in einem andern Staate bezüglich seiner Vermögensverhältnisse gezogen werden, wie sie aus der Domizilname innerhalb des Heimathstaates gezogen werden. Es ergeben sich aus jenem Grundsatze auch materielle Konsequenzen bezüglich der Behandlung und Beurtheilung von Erbschaftsansprüchen, welche nicht wohl gerechtfertigt werden können. Derjenige Staat, welcher seine Theilungsbehörden zur Behandlung von Verlassenschaftssachen eines zur Zeit seines Todes in seinem Territorium domizilirten Ausländers für zuständig erklärt, muß anerkennen, daß sich die Behörden des Staates, welchen der letztere angehört, im Wege der Retorsion auch zur Behandlung der Theilungssachen seiner Staatsangehörigen, welche dort domizilirt waren und mit Tod abgingen, für zuständig erklären und die Folge hievon ist, daß auf sie auch die Grundsätze des auswärtigen Staates über Theilungen und Erbrechte Anwendung finden. Es könnte mithin, wenn z. B. eine Württembergerin in Oesterreich zur Zeit ihres Todes domizilirt war, und mit Hinterlassung von Seitenverwandten aus unehelicher Abstammung verstarb, deren Nachlaß von dem österreichischen Fiskus beansprucht werden, weil nach österreichischem Rechte die uneheliche Verwandtschaft kein Erbrecht gibt. Hieran hätte aber gewiß die Württembergerin, als sie in Oesterreich ihr Domizil nahm, nicht gedacht. Vielfach gilt daher auch der Grundsatz, daß die Zuständigkeit der Behörden zur

Zutreffen eines forum speciale exclusivum, der Unterthan des einen Staates von dem des andern nur vor dem Richter seines Wohnsitzes belangt werden könne, mit andern Worten, daß das forum domicilii der einzige maßgebende allgemeine Gerichtsstand sei. Auch dem aus den Verhandlungen der Nürnberger Handelsrechts-Kommission hervorgegangenen ersten Entwurfe eines Rechtshilfegesetzes (1859) §. 9 und 17 ebenso wie der Schlußredaktion vom Jahre 1861 §. 3 und 9 ist ein allgemeiner Gerichtsstand aus dem Grunde des Staatsbürgerrechtes gänzlich fremd. Vielmehr wird an beiden Orten als allgemeiner Gerichtsstand nur derjenige des Wohnsitzes anerkannt und dann auch hiernach ausschließlich der Gerichtsstand der hered. jacens bestimmt. Selbst in dem Falle, wenn der Angehörige eines deutschen Staates in einem außerdeutschen Staate seinen Wohnsitz genommen, sollte wie im Falle der Unbekanntschaft des Wohnsitzes nur der Ort des jeweiligen Aufenthalts (forum deprehensionis) den allgemeinen Gerichtsstand

---

Behandlung von Theilungssachen durch das Staatsbürgerrecht allein bestimmt werde, so in Oesterreich und in Baden und es ist wohl weiterer Prüfung vorzubehalten, ob dieser Grundsatz, durch welchen selbstverständlich provisorische Maßregeln zur Sicherstellung des Nachlasses nicht ausgeschlossen sind, nicht auch für Württemberg, abgesehen von besonderen Bestimmungen durch Staatsverträge zur Anerkennung gebracht werden sollte. Es dürfte ohnehin das oben besprochene Präjudiz des K. Obertribunals vom 19. April 1862 und der Art. 34 der Civ.Pr.Ord. Anlaß geben, die in dem Obertribunalerlaß vom 19. März 1859 ausgesprochenen Grundsätze einer erneuten Prüfung zu unterstellen. (Sy.)

[18] Die Jurisdiktionsverträge und der Nürnberger Entwurf stellen nur für die Zwecke der gegenseitigen Rechtshilfe gemeinsame Gerichtsstände auf; sie lassen aber die in dem einzelnen Staate geltenden Grundsätze über Gerichtsstände unberührt. Soweit es sich daher nicht um eine in dem auswärtigen Staate zu vollziehende gerichtliche Verfügung handelt, ändern dieselben Nichts und es kann trotz derselben in einem Staate der auf die Staatsangehörigkeit gestützte Gerichtsstand nach wie vor bestehen. (Sy.)

bilden, der Gedanke, daß das Staatsbürgerrecht ein forum generale begründe und das forum domicilii ersetzen solle, fand nirgends Eingang.[14] Der deutsche Entwurf erklärt in §. 9 und 10 nur den Gerichtsstand des Wohnsitzes als allgemeinen Gerichtsstand und läßt wie das Rechtshilfegesetz „für Personen, welche im Gebiete des deutschen Bundes keinen Wohnsitz haben" den allgemeinen Gerichtsstand durch den Aufenthalt (nicht durch die staatsbürgerliche Eigenschaft) bestimmen.

Auch der §. 19 steht ganz im Einklang mit dem gemeinrechtlichen Prinzip, auf welchem er fußt. Er lautet:

„Klagen, welche die Erbfolge, die Geltendmachung und „Anfechtung eines Vermächtnisses oder sonstiger Verfügungen auf den Todesfall oder die Theilung der Erbschaft „betreffen, ingleichen Klagen der Nachlaßgläubiger aus „Ansprüchen an den Erblasser oder die Erben als solche „können bei dem Gerichte erhoben werden, bei welchem der „Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat, jedoch in den Fällen des §. 10 „nur unter der Voraussetzung, daß der Erblasser zur Zeit seines Todes auch außerhalb „des deutschen Bundes **keinen** Wohnsitz hatte."

Der deutsche Entwurf spricht hiemit auf's unzweideutigste aus, daß für den im Ausland domizilirten Bürger eines Staates, weder bei Lebzeiten noch nach seinem Tode ein allgemeiner Gerichtsstand in seinem Heimathlande besteht und daß auch das für bestimmte Fälle zugelassene forum deprehensionis nicht die Wirkung hat, daß ein forum hereditatis jacentis dadurch begründet werden könnte.

---

[14] Nur bezüglich der Rechtsstreitigkeiten, welche den Personenstand oder die Eingehung der Ehen zum Gegenstand haben, soll das Rechtshilfegesetz nur dann Anwendung finden, wenn die betreffende Person dem Staate des Prozeßgerichtes ausschließlich als Unterthan angehört, eine Ausnahme, welche sich durch die jenem Entwurfe gesetzten eigenthümlichen Schranken erklärt.

Nach dieser allgemeinen Einleitung erleichtert sich nun die Beantwortung der Frage, ob und in welchen Punkten die neue württemb. C.Pr.O. mit den vorgetragenen Prinzipien im Einklang steht.

I. In Betreff des im Eingang vorangestellten Prinzipes der Gleichberechtigung der ausländischen oder inländischen Kläger vor den württembergischen Gerichten kommt namentlich der Artikel 822 Ziff. 4 in Betracht.[15]

Nach dem Wortlaut desselben könnte es scheinen, daß die Arrestklage eines Ausländers gegen einen Ausländer von den württembergischen Gerichten nur unter der Bedingung eines für die Hauptsache bereits bestehenden Gerichtsstandes zugelassen werden könne, also wenn der Arrestbeklagte seinen ordentlichen Wohnsitz im Lande hat, oder wenn es sich um eine im Inland entstandene Verbindlichkeit handelt.

---

[15] Der Art. 822 lautet: Der Arrest findet insbesondere statt:

1) wenn der Schuldner sein Vermögen verschwendet oder auf verdächtige Weise veräußert;

2) wenn der Schuldner flüchtig oder der Flucht verdächtig ist;

3) gegen den Miether oder Pächter an den in der gemietheten Wohnung oder auf den gepachteten Grundstücken befindlichen Sachen, wenn der Miether oder Pächter, ohne seine Verbindlichkeit aus dem Mieth- oder Pachtvertrage erfüllt zu haben, wegzieht oder wegzuziehen beabsichtigt;

4) gegen Angehörige eines außerdeutschen Staates; wenn jedoch der Arrestkläger gleichfalls Angehöriger eines außerdeutschen Staates ist, nur unter der Voraussetzung, daß gegen den Arrestbeklagten ein Gerichtsstand für die Hauptsache im Lande begründet ist;

5) gegen Erben zur Sicherstellung des Gerichtsstandes der Erbschaft (Art. 48), wenn zu besorgen steht, daß der Nachlaß aus dem Bezirke des Gerichtes, bei welchem jener Gerichtsstand begründet ist, weggeschafft werde. — Der Art. 156, welcher unter Umständen dem ausländischen Kläger Prozeßkostenkaution auferlegt, enthält keine Abweichung, da diese Kautionspflicht auch dem im Auslande wohnenden Württemberger obliegt und nur dann stattfindet, wenn die Möglichkeit vorliegt, daß sonst die gerichtliche Entscheidung im Kostenpunkte nicht vollzogen werden könnte.

Es würde also nicht mehr wie früher dem Ausländer „gleiches Recht wie dem Einheimischen verwaltet", und zwar gerade in solchen Fällen, in welchen der Kläger am meisten auf die Rechtshilfe der württembergischen Gerichte angewiesen ist, in deren Machtsphäre sich gerade ein zahlungspflichtiger Schuldner aus dem Auslande aufhält.

Man hat auch schon, wie dem Verfasser bekannt ist, diese Auslegung unter Berufung auf die allgemeine Fassung des zweiten Satzes der Ziff. 4 des Art. 822 vor Gericht geltend gemacht. Allein es kann darüber kein Zweifel sein, daß nicht jede Arrestverfügung zu Gunsten eines Ausländers gegen einen Ausländer ausgeschlossen ist, wodurch aus Württemberg nach Art gewisser Schweizerkantone ein Asyl für Ausländer geworden wäre, die sich oder ihr Vermögen ihren Gläubigern zu entziehen trachten. Schon aus der Stellung der Worte „wenn jedoch der Arrestkläger gleichfalls Angehöriger eines außerdeutschen Staates ist" u. s. f. unter die Ziff. 4 und in unmittelbarer Verbindung mit den Worten „gegen Angehörige eines außerdeutschen Staates" ergibt sich, daß diese Einschränkung sich nur auf den Fall bezieht, wenn als Arrestgrund die einzige Thatsache geltend gemacht ist, daß der Beklagte Angehöriger eines außerdeutschen Staates ist. Sodann spricht der Kommissionsbericht zu Art. 823 (Entwurf 822) unter Berufung auf den deutschen Entwurf und die Konferenzprotokolle die Voraussetzung aus, daß Ausländer gegenüber von Ausländern in dem Falle von der Rechtswohlthat des Arrestes nicht ausgeschlossen seien, wenn irgend ein anderer gesetzlicher Arrestgrund, als bloß der der fremden Staatsangehörigkeit geltend gemacht werde.

Mit dieser Voraussetzung erklärte sich das K. Justizministerium ausdrücklich einverstanden;[16] es ist ihr also Gesetzeskraft beizulegen. Hienach kann ein Franzose

---

[16] Kammerverhandlungen von 1866/68 I. Beil.-Bd. S. 1477.

einen flüchtigen Landsmann unter Berufung auf die Ziff. 2 des Art. 822 unbedingt in Württemberg mit Arrest verfolgen, ebenso unter den übrigen Voraussetzungen des Art. 821 und 822 Ziff. 1, 3 und 5; nur darf er sich nicht ausschließlich zu Begründung des Arrestes darauf berufen, daß der Beklagte ein Angehöriger eines außerdeutschen Staates sei. Ein Franzose kann beispielsweise das zufällig in Stuttgart gelegene Vermögen eines Engländers nicht bloß aus dem Grunde bei dem Stadtgericht Stuttgart arrestiren,[17] weil sein Schuldner ein Engländer und weil es ihm bequemer sei, bei den württembergischen als bei den englischen Gerichten zu klagen. Gehört dagegen der Schuldner einem Staate an, bei dessen Gerichten notorisch oder erwiesenermaßen keine Rechtshilfe zu erlangen ist, so kann dessen Gläubiger ihn innerhalb Württembergs aus dem Arrestgrunde des Art. 821 verfolgen.

In aktiver Beziehung ist also den Ausländern die Arrestklage keineswegs in dem Umfang versagt, wie man schon versucht hat, aus dem Wortlaute des Art. 822 zu folgern. Dagegen scheint es, daß die Ausländer in passiver Beziehung nachtheiliger behandelt sind als Inländer, wenn man sich bloß an den Buchstaben des Gesetzes halten wollte. Unter die Ziffer 4 fallen alle Angehörigen eines außerdeutschen Staates, auch solche, welche in Württenberg ihren ordentlichen Wohnsitz haben. Unmöglich aber konnte es die Absicht des Gesetzes sein, beispielsweise die zahlreichen englischen und amerikanischen Familien, welche seit Jahrzehnten in Württemberg ihren bleibenden Wohnsitz haben, die Schweizerfabrikanten, welche die bedeutendsten gewerblichen Etablissements im Lande betreiben, bloß deßwegen, weil sie nicht auch das württemb. Staatsbürgerrecht erwarben, gegenüber von jedem beliebigen

[17] vergl. z. B. den im Württemb. Gerichtsblatt Bd. I S. 387 mitgetheilten Fall.

Anspruch eines Württembergers der Strenge des Arrestverfahrens zu unterwerfen. Dieß scheint weder nach den Motiven noch nach dem Kommissionsberichte beabsichtigt gewesen zu sein. Die ersteren erwähnen, daß in anderen Prozeßordnungen z. B. in der badischen und hannoverischen ein Arrestverfahren gegen Ausländer durch den vorgängigen Nachweis bedingt sei, daß bei dem ordentlichen Gerichte des Ausländers die Justiz verweigert oder erschwert werde. Dieser Nachweis soll nun zwar dem württembergischen Kläger nachgelassen sein, allein es geht aus der ganzen Motivirung hervor, daß man nur solche Ausländer im Auge hatte, welche ihren ordentlichen Gerichtsstand im Auslande haben, d. h. welche nicht in Württemberg domizilirt sind.

Auch der Kommissionsbericht macht sich die Motive in dieser Richtung vollständig zu eigen, indem er als „inneren Grund" für die allgemeine Zulassung des Arrestes gegen Ausländer anführt, „daß man mit Recht davon ausgeht, im Ausland sei Rechtshilfe wenn nicht unmöglich, doch nur schwer erreichbar.[18] Auch hiemit ist also unzweideutig die Voraussetzung ausgesprochen, daß der zu arrestirende Ausländer im Ausland domizilirt sei und ordentlicher Weise dort zu belangen wäre.

Umgekehrt führt nun aber dieselbe ratio legis auch in aktiver Beziehung, d. h. wo es sich um die Eigenschaft des Ausländers als Arrestkläger handelt, zu derselben Auslegung, daß als Ausländer im Sinne des Art. 822 nur solche zu verstehen sind, welche nicht in Württemberg wohnen, mit anderen Worten, daß ein bei uns domizilirter Schweizer oder Franzose mit derselben Leichtigkeit wie ein württembergischer Staatsbürger einen auf der Durchreise befindlichen Engländer aus dem Grunde der Ziff. 4 mit Arrest verfolgen kann.

---

[18] Die neue Justizgesetzgebung des Königreichs Württemberg Bd. II, Abth. 2, S. 427; Abth. 3, S. 228.

Ist dieser Satz richtig, so nöthigt die einfache Rechtsanalogie schließlich auch noch zu dem weiteren Zugeständnisse, daß die Rechtswohlthat der Ziffer 4 des Art. 822 nur für solche Württemberger gilt, welche auch in Württemberg domizilirt sind. Es würde wenigstens gegen alle internationale Sitte sprechen, wenn ein geborener Württemberger, der vielleicht sein Leben lang in Paris angesiedelt ist und dort ein Gewerbe treibt, einen Pariser Geschäftsschuldner auf der Durchreise durch Stuttgart bei dem dortigen Stadtgerichte unter einfacher Berufung auf die Ziff. 4 des Art. 822 arrestiren und vermittelst des Art 50 sogar den Hauptprozeß daselbst anhängig machen könnte. Gegen eine solche Anwendung des Art. 822 ist insbesondere auch die ausgesprochene Absicht der Motive anzuführen, daß die inländischen Gerichte nicht mit Arrestklagen gegen Ausländer unnöthig und übermäßig beschwert werden sollen.

Ist vorstehende Argumentation zutreffend, so läßt sich folgende allgemeine Regel daraus ableiten: die Rechtswohlthat der Ziffer 4 des Art. 822 gilt für **alle** aber auch **nur** für solche Personen, welche in Württemberg domizilirt sind und ist nur gegen solche Beklagte zulässig, welche nicht im Inlande schon ihren allgemeinen Gerichtsstand haben. [19]

---

[19] Die obige Ausführung scheint nicht unbedenklich zu sein. Darüber kann allerdings kein Zweifel sein, daß auch dem Angehörigen eines außerdeutschen Staates das Recht eingeräumt ist, aus andern Gründen, als dem Grunde der Ziff. 4 gegen einen andern Angehörigen eines außerdeutschen Staates, wie gegen Angehörige der deutschen Staaten bei den württ. Gerichten Arrest zu beantragen. Allein mit dem klaren Wortlaut der Ziff. 4 dürfte nicht zu vereinigen sein, wenn der Herr Verfasser an die Stelle des Merkmals der Staatszugehörigkeit das Merkmal der Domizilirung bei Anwendung der Ziff. 4 setzt und die Arrestklage des Württembergers, der in einem außerdeutschen Staate domizilirt ist, beschränkt, dieselbe dem Ausländer, der in Württemberg domizilirt ist, ebenso wie dem in Württemberg domizilirten Inländer

II. Nach Art. 34 und 35 der Prozeßordnung sollen Inländer, welche keinen Wohnsitz im Lande haben (— also auch, wenn sie in einem deutschen Staate domizilirt sind —) vor dem Gerichte ihres letzten Wohnsitzes oder ihres dermaligen inländischen Aufenthaltsortes und in Ermanglung eines solchen bei dem Gerichte ihres Aufenthaltsortes, oder des Orts, in welchem sie Vermögen besitzen, belangt werden.

Nach Art. 35 gilt diese Bestimmung auch gegen ausgewanderte frühere Angehörige Württembergs im Falle des §. 32 der Verfassungsurkunde.

Zu Begründung dieser Bestimmung führen die Mo-

---

gibt und von dem Arrestgrunde der Ziff. 4 Ausländer, welche in Württemberg domizilirt sind, ausnimmt; demselben dagegen Württemberger, welche in einem außerdeutschen Staate domizilirt sind, unterwirft. Weder die Motive noch der Kommissionsbericht geben zu dieser dem Wortlaut widersprechenden Auslegung der Worte „Angehörige eines außerdeutschen Staates" irgendwelche Berechtigung. Selbst dann, wenn es sich de lege ferenda handeln würde, erscheint die Ansicht des Herrn Verfassers nicht unbedenklich. Auch der Ausländer, welcher seinen Wohnsitz in Württemberg genommen hat, kann denselben, wie derjenige, welcher nur seinen temporären Aufenthalt daselbst hat, jederzeit verlassen und sich hiedurch der Rechtsverfolgung vor den württ. Gerichten entziehen. Das angeführte Beispiel auswärtiger Industrieller, welche in Württemberg eine Fabrik betreiben, wird deßhalb nicht angeführt werden können, weil die Firma, welche in einem württembergischen Handelsregister eingetragen ist, unseres Erachtens dem Inländer ganz gleichzustellen und nicht als Angehörige eines andern Staates zu behandeln ist. Endlich ist noch anzufügen, daß in der obigen Formulirung der von dem Herrn Verfasser vertheidigten Ansicht auf das Verhältniß Angehöriger anderer deutscher Staaten keine Rücksicht genommen ist, oder sollte z. B. nach der Ansicht des Hrn. Verfassers die Rechtswohlthat der Ziff. 4 für Diejenigen, welche in einem andern deutschen Staate domizilirt sind, nicht gelten? Dieß wäre mit der klaren Absicht des Gesetzes, die Angehörigen anderer deutscher Staaten in Sachen des Arrestes wie Inländer zu behandeln, nicht vereinbar. (Sy.)

tive an: „es sei ein von den neuesten Gesetzgebungen[20] „anerkannter Satz, daß Inländer, auch wenn sie im „Auslande wohnen, den allgemeinen Gerichtsstand im „Lande behalten; für Württemberg folge dieser Satz aus „dem §. 32 der Verfassungsurkunde (W. Archiv V. Bd. S. 432)". Diese Motivirung sowie die Stellung der Artikel 34 und 35 zwischen den auf den allgemeinen Gerichtsstand bezüglichen Artikeln 33 und 36 weisen darauf hin, daß auch der Gerichtsstand des Art. 34 ein allgemeiner ist, d. h. auf Klagen jeder Art und jeder Zeit, also auch auf Rechtsverhältnisse anwendbar ist, welche der Inländer im ausländischen Wohnsitze kontrahirt hat. Hierauf weist namentlich die Begründung der Motive durch den Unterthanenverband hin, sowie auch das argumentum e contrario aus der Bestimmung des Art. 56 dafür spricht.

Eine weitere Eigenthümlichkeit des Art. 34 ist, daß er als allgemeine Gerichtsstände nicht nur den des letzten Wohnsitzes, sondern neben demselben auch den des Aufenthaltsortes und subsidär den des Heimathortes und des Vermögensbesitzes kreirt, und zwar den letzteren ohne Beschränkung auf den Werthbetrag des gerade

[20] Zwar läßt der in den Motiven zitirte Prozeß-Entwurf von 1864 einer Person (Inländer oder Ausländer), deren Aufenthalt unbekannt oder außerhalb Landes, den allgemeinen Gerichtsstand, in dessen Bezirk sie ihren letzten bekannten Wohnsitz gehabt hat, allein nur mit folgender höchst wesentlicher Beschränkung zu: „sofern sie jedoch einen Wohnsitz im Auslande hat, nur Klagen „aus Verhältnissen, welche im Inlande entstanden sind"; eine Einschränkung, durch welche die scheinbare Rechtsanomalie des vorgehenden allgemeinen Satzes von selbst wieder beseitigt wird. Nur der in den Motiven ebenfalls erwähnte bayer. Entwurf steht ganz auf dem feindseligen Standpunkte des franz. Rechtes, welches in dieser Beziehung keiner deutschen Gesetzgebung als Muster dienen sollte. (Uebrigens erkennt auch der norddeutsche Entwurf einer Civilprozeßordnung, nur mit der Beschränkung auf Rechtsverhältnisse, welche vor Begründung des ausländischen Wohnsitzes entstanden sind, denselben Grundsatz an. Sy.)

im Lande als Exekutionsobjekt befindlichen Vermögens, so daß also auch dieser letztere Gerichtsstand ein forum generale begründen zu sollen scheint. Dieser Umstand ist von der größten Bedeutung für die Beurtheilung des Gerichtsstandes der Erbschaft, wie er durch die Prozeßordnung statuirt ist. Während nämlich erwähntermaßen bereits der deutsche Entwurf auch gegenüber einem im Auslande domizilirten Inländer einen Gerichtsstand der Erbschaft im Lande nicht anerkennt und zwar weder ein forum des früheren Wohnsitzes, noch ein subsidiäres forum des Aufenthaltes, so hat dagegen das württembergische Gesetz im Art. 48 den hierauf bezüglichen Passus des deutschen Entwurfes nicht aufgenommen, und vielmehr ohne jede Ausnahme bestimmt:

der Gerichtsstand der Erbschaft sei bei dem Gerichte begründet, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt habe.

Es wäre hienach gegen einen im Auslande wohnhaften und dort verstorbenen Inländer, ein forum hereditatis jacentis im Inlande an demjenigen Orte, wo er vor Jahren vielleicht seinen Wohnsitz gehabt, begründet und könnten hier namentlich alle in Ziff. 4 des Art. 48 erwähnten Klagen angestellt werden. Wäre derselbe aber etwa auf der Durchreise im Inlande verstorben, so würde auch der Ort, wo er verstorben, als Gerichtsstand der Erbschaft gelten in Konkurrenz mit dem erstgenannten. Wäre dagegen ein Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes im Inlande nicht mehr zu erheben, und der Tod im Auslande erfolgt, so wäre vor dem Gerichte der Heimathgemeinde das forum hereditatis und außerdem ein konkurrirendes forum hereditatis bei demjenigen Gerichte, in dessen Bezirke sich etwa ein einzelnes Vermögensobjekt befindet. Denn an allen diesen Orten war ja nach der C.Pr.O. ein allgemeiner Gerichtsstand des Erblassers zutreffend!

Eine solche Ausdehnung des forum hereditatis weicht aber von demjenigen, was bisher in Württemberg galt

und durch den Obertribunalerlaß vom März 1859 sanktionirt wurde, unzweifelhaft ab. Namentlich von der Ausfolge der Erbschaft eines zur Zeit seines Todes im Auslande ansäßig gewesenen Württembergers an das ausländische forum domicilii und von einer Anerkennung der im ausländischen forum domicilii nach Art. 48 ergangenen Verfügung könnte nicht mehr die Rede sein. [21]

Diese Auffassung des Gerichtsstandes des Art. 34 als allgemeinen Gerichtsstandes namentlich im Sinne des Art. 48 wird jedoch zweifelhaft durch die Motive, in welchen sich zu einer so einschneidenden Entfremdung von dem seitherigen Rechte keine Andeutung findet. Vielmehr steht derselben die Bemerkung der Motive, „das sog. forum her. „werde gegenüber dem geltenden Rechte ausgedehnt, der „Grund hiezu liege wesentlich in der Rücksicht auf mög„lichste Gleichförmigkeit der Gesetzgebungen" direkt entgegen. Denn weder der deutsche Entwurf, noch das Rechtshilfegesetz, noch der preußische Entwurf §. 25, welche dort angeführt werden, enthalten eine solche Bestimmung.

Bei den beiden ersteren wurde dieß oben gezeigt. Was dagegen den §. 25 des preußischen Entwurfes betrifft, so schließt dieser, indem er das Gericht, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes nach den Bestimmungen der §§. 3, 7—10, 14 seinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt habe, als forum hereditatis bezeichnet, gerade ausdrücklich den subsidären allgemeinen Gerichtsstand des Aufenthaltes, des früheren Wohnsitzes im Inlande, und des Vermögensbesitzes (§. 4 und 5 des preuß. Entwurfes) aus.

Ebenso verhält es sich mit dem bayerischen Gesetze §. 4, welcher als forum hereditatis überhaupt nur dasjenige Gericht bezeichnet, „in dessen Bezirk eine Erbschaft eröffnet wird."

Auch der Kommissionsbericht zu Art. 47 des würt-

---

[21] vergl. oben Note 12.

tembergischen Entwurfes geht bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Erblassers zur Zeit seines Todes stets von dessen Wohnsitz aus unter Beziehung auf die Protokolle der Nürnberger und hannover'schen Kommission, während doch die Entwürfe dieser beiden Kommissionen den allgemeinen Gerichtsstand überhaupt nur auf den Wohnsitz und subsidiär den Aufenthalt beschränkten; bei dem forum hered. aber der deutsche Entwurf geradezu den Wohnsitz ausschließlich als maßgebend erklärt. Es ergibt sich aus diesen Auslegungsquellen, daß die gesetzgebenden Faktoren unter dem, was der Art. 48 „den allgemeinen Gerichtsstand" heißt, ausschließlich das forum domicilii des Erblassers verstanden haben.[22]

Der Zusammenhang zwischen den verschiedenen Gesetzesartikeln ist hiernach folgender:

In Art. 32 stellt die Prozeßordnung den Begriff **des** allgemeinen Gerichtsstandes dahin fest, daß dieser durch den Wohnsitz des Beklagten begründet wird.

In Art. 34 werden zwar die dort aufgezählten subsidiären fora generalia eingeführt, sie werden aber nur dem allgemeinen Gerichtsstande gleich gestellt. Als der allgemeine Gerichtsstand im Sinne des Gesetzes erscheint ausschließlich der des Wohnorts (Art. 32).

Für diese Terminologie spricht außer Art. 36 u. 37

---

[22] Dieses Resultat steht übrigens auch mit dem Wortlaut des Gesetzes im Einklang, welches nur den Gerichtsstand des Wohnsitzes, nicht auch den Gerichtsstand des Art. 34 als allgemeinen Gerichtsstand bezeichnet. Wenn der Gerichtsstand des Art. 34 auch mit dem allgemeinen Gerichtsstande das Gemeinsame hat, Gerichtsstand für alle gegen nicht im Inlande domizilirte Inländer gerichtete Klagen zu sein, so ist er doch ebendeßhalb, weil ihn das Gesetz nicht als solchen bezeichnet, kein allgemeiner Gerichtsstand im Sinne des Gesetzes, was insofern auch materiell richtig ist, als er nur für Inländer und nur unter der Voraussetzung eintritt, daß dieselben kein Domizil im Inlande haben. Man wird hiernach zwar mit dem Resultate, jedoch nicht durchaus mit der Begründung desselben einverstanden sein können. (Sy.)

die Ausdrucksweise des Art. 56, welcher ebenfalls nach seinem ganzen Sinne, da, wo er von dem Mangel eines „inländischen allgemeinen Gerichtsstandes“ spricht, nur den des Art. 32, nicht auch den des Art. 34 im Auge haben kann.

Steht hienach fest, daß in der Sprache des Gesetzes nur der Gerichtsstand des Wohnsitzes als „der allgemeine Gerichtsstand“ gemeint ist, so folgt hieraus, daß, wenn ein Inländer im Auslande wohnt und stirbt, der in §. 34 zum Prinzip erhobene Grundsatz der Subjektion des Württembergers unter die Staatshoheit beim forum hereditatis nicht zur Anwendung kommt, vielmehr nach dem Tode des Erblassers dessen ausländisches Domizil, welches bei seinen Lebzeiten nicht anerkannt wurde, für die Jurisdiktion über seine Verlassenschaft maßgebend wird, daß also auch jetzt noch im Wesentlichen die Grundsätze des Obertribunals-Erlasses von 1859 zur Anwendung kommen.

Allerdings läßt sich hiegegen die Frage aufwerfen, warum alsdann die Bestimmung des deutschen Entwurfes, wodurch der allgemeine Gerichtsstand des Aufenthaltsortes für das forum hereditatis beseitigt wurde, nicht in einer dem Art. 34 angepaßten Form beibehalten wurde? Allein dieser Einwand verliert sein Gewicht, wenn man erwägt, daß die formelle Redaktion des württ. Entwurfes sich an das Rechtshilfegesetz anschloß, dieses aber jenen in §. 19 des deutschen Entwurfes enthaltenen Zusatz nicht hatte, aber auch nicht nöthig hatte, weil das Rechtshilfegesetz in Abs. 1 ausdrücklich das forum hereditatis dort begründet sein läßt „wo der Erblasser zur Zeit seines Ablebens den Gerichtsstand des Wohnsitzes hatte,“ während der deutsche Entwurf statt dessen den Ausdruck „allgemeiner Gerichtsstand“ adoptirt und mit Rücksicht hierauf jenen Zusatz aufgenommen hatte.

Endlich läßt sich auch der Abs. 3 des Art. 48 insofern für obige Auffassung anführen, als hiernach gegenüber von

inländischen Gerichten der Gerichtsstand der Erbschaft durch das forum rei sitae nicht beschränkt sein soll. Hierin liegt vermöge des argumentum e contrario der Satz, daß ausländischen Gerichten gegenüber das forum rei sitae den Gerichtsstand der Erbschaft beschränke, ein Satz, welcher freilich wieder einer doppelten Auslegung fähig ist, nämlich entweder dahin, daß für im Ausland gelegene Immobilien ausnahmsweise die dortige Theilungsbehörde zuständig sei, oder umgekehrt dahin, daß das auswärtige forum domicilii den Gerichtsstand der Erbschaft begründe mit Ausnahme der im Inland belegenen Immobilien.

Für die letztere Auslegung sprechen die Motive zu Art. 48 (47 des Entwurfs), so daß also auch dieses Argument zu der Annahme eines ausländischen forum hereditatis führt, und hiemit eine schwere und folgenreiche Rechtsanomalie aus unserer Civilprozeßordnung beseitigt erscheint. Hiemit bleibt dann immer noch die partikularrechtliche Singularität übrig, daß bei Lebzeiten des im Auslande domizilirten Württembergers sein dortiger Gerichtsstand keine Beachtung findet, sondern erst nach dem Tode für den Nachlaß zur Anerkennung gelangt.

Fragmente.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Laubstreunutzung in Kollission mit der Forstwirthschaft.

Der Gemeinde L. steht unbestrittenermaßen das Recht auf den Bezug von Laubstreu aus den Waldungen der F. Standesherrschaft L. W. F. zu. Wegen der hieraus für den Wald sich ergebenden Nachtheile wurde auf Anrufen der Standesherrschaft von der Forstbehörde die Ausübung der Laubstreunutzung der Gemeinde auf gewisse Zeiträume beschränkt, während die Gemeinde ein der Zeit nach unbeschränktes Recht geltend machte und bei dem Widerspruche der Standesherrschaft gerichtliche Klage auf Anerkennung der Unbeschränktheit ihres Rechtes erhob. Bekl. Seits wurde der Erwerb eines der Zeit nach unbeschränkten und aus forstpolizeilichen und forstwirthschaftlichen Gründen nicht beschränkbaren Rechtes der klägerischen Gemeinde auf die Streunutzung bestritten und insbesondere geltend gemacht: Das Recht der Erhaltung und rationellen Bewirthschaftung eines Waldes sei ein Recht des Eigenthümers, welches durch die Nebennutzung des Streurechens nicht beeinträchtigt werden könne und seiner innern Natur nach nicht beeinträchtigt werde. Wie der Waldeigenthümer die Hauptnutzung, d. h. die Holzkultur nach Vorschrift der Forstbehörden ausüben müsse und in der freien Disposition aus öffentlich rechtlichen Gründen beschränkt sei, so müsse

auch die Gemeinde das Streurechen in der Weise ausüben, daß daneben die Erhaltung des Waldes zur Holzkultur und die den wissenschaftlichen Anforderungen der Gegenwart entsprechende rationelle Bewirthschaftung des Waldes möglich sei. Wenn daher auch eine Zeit lang die der Zeit nach unbeschränkte Ausübung der Nebennutzung gestattet worden wäre, so habe damit nicht auf das Recht des Waldeigenthümers, die Hauptnutzung nach den Grundsätzen der Forstwissenschaft und Forstpolizei zu regeln, verzichtet werden können. Waldeigenthümer und Nutzungsberechtigter seien vielmehr an die bestehenden Forstordnungen und die, die Erhaltung und Kultur der Wälder bezweckenden, Verwaltungsvorschriften gebunden, ihre Rechtsausübung unterliege der forstpolizeilichen Aufsicht der Staatsbehörde. Somit könne der Streubezug nur aus den von der Forstbehörde bezeichneten Distrikten und in den dabei zu bestimmenden Zeiten unter Aufsicht geschehen.[1] Diese Einwendungen wurden jedoch von den Gerichten nicht für durchschlagend erachtet und der Gemeinde L. das Recht auf den Bezug der Laubstreu ohne Beschränkung auf gewisse Perioden im Jahre zuerkannt. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe besagen hierüber Folgendes:

Nachdem sich die Klägerin gegen die auf Anrufung der Beklagten von dem Forstamt Neuenstadt am 13. Juli 1863 getroffene Anordnung, wodurch die Ausübung der Laubstreunutzung der Gemeinde auf die Zeiträume vom 15. März—15. April, 15. Juni—1. Juli, 15. Oktober—15 Nov. jeden Jahres von Forstpolizeiwegen festgesetzt worden, an die K. Forstdirektion beschwert hatte, hat diese Behörde am 26. Januar 1864 die Anordnung des Forstamts zwar bestätigt, jedoch ohne Präjudiz für die Behauptung der Gemeinde, daß sie kraft eines Privatrechtes nicht verpflichtet sei, der Einschränkung auf gewisse Zeiten des Jahres bei der Ausübung ihrer Gerechtigkeit sich zu unter=

---

[1] Seuffert, Archiv Bd. XI, Nro. 123.

werfen, und mit dem Anfügen, daß diese Verfügung nur insolange in Kraft bestehen solle, bis sie durch eine Entscheidung des zuständigen Civilrichters außer Wirksamkeit gesetzt würde.

Die K. Forstdirektion hat es keineswegs mit dem allgemeinen Wohle für unvereinbar erklärt, daß die Klägerin ihr Streunutzungsrecht in den Wäldern der Beklagten das ganze Jahr über ausübe, welchen Falls es selbstverständlich dem Civilrichter nicht zustände, ihr die Ausübung in diesem Umfange dennoch zu gestatten, sondern sie hat ihre Anordnung auf den an sich civilrechtlichen Satz gestützt, daß der Servitutberechtigte verpflichtet sei, sein Recht mit möglichster Schonung dem Eigenthümer der dienenden Sache gegenüber auszuüben. Sie hat ebendeßhalb für den Fall, daß die Klägerin erweisen könnte, sie habe vor dieser Anordnung ein Privatrecht auf die Ausübung der Streunutzung während des ganzen Jahres erworben, dieses Recht selbst als ein solches anerkannt, welches der fraglichen Beschränkung von Forstpolizeiwegen nicht zu unterwerfen sei, und hat nur die Entscheidung über das Bestehen dieses Privatrechtes dem Civilrichter als der zuständigen Behörde überlassen. Denn indem die Forstdirektion der Klägerin den vor dem Civilrichter zu erbringenden Beweis für ihre Behauptung offen läßt, daß sie kraft eines Privatrechtes nicht verpflichtet sei, der Einschränkung auf gewisse Zeiten des Jahres bei der Ausübung ihrer Gerechtigkeit sich zu unterwerfen, versteht sie hierunter, wie aus deren Entscheidungsgründen hervorgeht, die von der Klägerin im Administrativverfahren aufgestellte Behauptung, daß die Befugniß, die Laubnutzung das ganze Jahr hindurch ohne Beschränkung auf gewisse Zeiten auszuüben, einen Bestandtheil des von ihr erworbenen Privatrechtes bilde, und billigt für den Fall der Wahrheit dieser Behauptung den von der Klägerin hieraus gezogenen Schluß, daß das Streurecht der forstpolizeilichen Beschränkung in der gedachten Beziehung nicht zu unterwerfen sei.

Unter welchen Voraussetzungen aber die Klägerin ein Privatrecht auf die der Zeit nach unbeschränkte Ausübung der Servitut erwerben konnte, hierüber steht das Urtheil allein dem Civilrichter zu.

So wenig hienach die Verfügung der Forstdirektion vom 26. Januar 1864 ein Hinderniß für die Fortdauer eines etwa zuvor erworbenen Privatrechtes auf die unbeschränkte Ausübung des Laubstreurechtes der Gemeinde bildet, so wenig stand dem Erwerbe eines solchen vor dieser Verfügung eine forstgesetzliche Bestimmung oder eine allgemeine oder spezielle Anordnung der Forstbehörden im Wege. Denn ein Gesetz, welches zum Schutze der Wälder speziell bestimmen würde, daß die Streunutzung in denselben nur zu gewissen Zeiten des Jahres ausgeübt werden dürfe, existirt nicht, wie sich denn auch die Forstdirektion bei ihrer gedachten Verfügung auf ein solches nicht berufen hat. Das Forstorganisationsedikt vom 1. Juni 1817 bestimmt nur, wie dieß schon in früheren Gesetzen geschehen ist, daß das gesetzliche Aufsichtsrecht des Staates über die Privat- und Kommunforsten, sowie die Rechte des Staates in Ansehung dieser Forsten durch die hiezu eingesetzten Forstbehörden ausgeübt werden. Aus diesem Aufsichtsrechte des Staates kann zwar die Befugniß der Forstbehörden abgeleitet werden, im öffentlichen Interesse die Streunutzungen in den Wäldern sowohl im Allgemeinen zu reguliren, als im Besondern einer Beschränkung bezüglich der Zeit der Ausübung zu unterwerfen. Allein die blose Möglichkeit, daß ein Privatrecht aus Gründen des öffentlichen Wohles in einer gewissen Beziehung beschränkt werden kann, hindert den Erwerb eines in dieser Richtung unbeschränkten Privatrechtes, und davon handelt es sich allein im vorliegenden Falle, nicht. Denn so lange nicht das öffentliche Interesse in irgend welcher Form, sei es im Wege der Gesetzgebung oder durch die vollziehende Gewalt der privatrechtlichen Nutzung entgegentritt, kann sich die letztere innerhalb der durch das Privatrecht gezogenen

Grenzen frei entwickeln, ist also nach Inhalt und Umfang zumeist der Willkür der Parteien überlassen.

Eine allgemeine Anordnung der Aufsichtsbehörden aber, wodurch für das Laubstreusammeln in den Wäldern gewisse Perioden im Jahre festgesetzt wären, ist so wenig bekannt, als von der Beklagten behauptet, beziehungsweise erwiesen worden ist, daß speziell die Streunutzung der Klägerin vor dem Jahre 1863 durch eine Verfügung der Forstbehörden auf bestimmte Monate im Jahre eingeschränkt worden sei.

Unrichtig ist es daher, wenn die Beklagte auszuführen sucht, daß die Klägerin ein der Zeit nach unbeschränktes Streunutzungsrecht nicht habe erwerben können, weil der Waldnutzungsberechtigte ebenso, wie der Waldeigenthümer, an die bestehenden Forstordnungen und Verwaltungsvorschriften gebunden sei. Denn so richtig das letztere an sich ist, so wenig ist es für die vorliegende Frage maßgebend. Und nicht minder unzutreffend ist es, wenn die Beklagte den Erwerb eines in der gedachten Beziehung unbeschränkten Streunutzungsrechtes durch die Klägerin aus dem Grunde für unmöglich erklärt, weil das Recht der Erhaltung und rationellen Bewirthschaftung eines Waldes ein Recht des Eigenthümers sei, welches durch die Nebennutzung des Streurechens nicht beeinträchtigt werden könne. Es ist dieß in Wirklichkeit nur eine andere Wendung der vorhin widerlegten Ansicht. Allerdings kann aus Gründen des öffentlichen Wohles, welche die Erhaltung und rationelle Bewirthschaftung eines Waldes bezwecken, die Nebennutzung in denselben durch die Gesetzgebung oder Verwaltung einer Beschränkung unterworfen sein, welche dann auch dem Waldeigenthümer zu Statten kommt. Allein gerade die Voraussetzung, daß die Streunutzung der Klägerin bezüglich der Zeit ihrer Ausübung auf dem gedachten Wege vor dem Jahre 1863 beschränkt worden sei, fehlt.

Ist hienach das Rechtsverhältniß der Parteien, welches

an sich dem Gebiete des Privatrechtes unzweifelhaft angehört, bis zum Jahre 1863 der Einwirkung der Forstpolizei in der oftерwähnten Beziehung entzogen gewesen, so fragt es sich nur noch, ob die Klägerin nach den Grundsätzen des Privatrechtes vor dieser Zeit das von der Beklagten im Allgemeinen nicht bestrittene Streunutzungsrecht mit der streitigen Modalität habe erwerben können und erworben habe. Auch diese Frage ist zu bejahen.

Zwar ist es ein anerkannter Rechtssatz, daß Servituten in solcher Weise auszuüben sind, daß hiedurch der Eigenthümer des dienenden Grundstückes so wenig als möglich belästigt wird, und es läßt sich nicht verkennen, daß, wenn die Klägerin ihr Laubstreurecht das ganze Jahr über ausübt, dieß mit einer erheblichen Belästigung für die Beklagte verbunden ist. Allein jener Grundsatz gilt nur für den Fall, daß nicht der Umfang der Berechtigung, gleichviel durch welchen Titel, fest bestimmt ist. Einen solchen Titel macht aber die Klägerin geltend, sie behauptet, durch mehr als 30jährige Verjährung vom Jahre 1830—63 das Streunutzungsrecht in dem Umfang erworben zu haben, daß sie die Laubstreu zu jeder Zeit des Jahres aus den Wäldern der Beklagten holen dürfe. Dieser Titel ist zum Erwerbe des angesprochenen Rechtes eben so geeignet, wie ein ausdrücklicher Vertrag über den Umfang der Servitut, und wird hiezu nichts Weiteres erfordert, als daß die Angehörigen der klägerischen Gemeinde als solche vor dem Jahre 1863 ihren Bedarf an Laubstreu in den Wäldern der Beklagten 30 Jahre lang zu jeder Zeit geholt haben in gutem Glauben, nicht heimlich, noch mit Gewalt, noch aus Vergünstigung, in der Absicht, ein Recht auszuüben, und mit dem Bewußtsein, daß sie die Streu das ganze Jahr über holen dürfen. Ein sogenannter qualifizirter Besitz, d. h. daß die Beklagte die Klägerin mit dem Bezuge der Laubstreu auf gewisse Perioden einzuschränken versucht, die Klägerin hiegegen widersprochen und die Beklagte sich bei diesem Widerspruch beruhigt hätte, ist nicht

erforderlich, weil die fragliche Modalität des Streunutzungsrechtes nicht darin besteht, daß die Beklagte als Eigenthümerin des dienenden Grundstückes Etwas unterlassen soll, wozu sie ohne die Servitut berechtigt wäre, sondern darin, daß sie etwas dulden soll, wozu die Servitut sie verpflichtet. Den ihr obliegenden Beweis bezüglich der obenerwähnten Erfordernisse, hat aber die Klägerin nicht erbracht.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. September 1869 in der Appellationssache der F. Standesherrschaft L. W. F. c. die Gemeinde L.

2) Leseholzgerechtigkeit der armen Bürger einer Gemeinde.

Von der Gemeinde L. wurde für ihre ärmeren Ortsbürger eine auf zwei Tage in der Woche beschränkte Leseholzgerechtigkeit in den Waldungen der F. Standesherrschaft L. W. F. in Anspruch genommen, während die Standesherrschaft das Holzlesen nur als ein Almosen gestatten wollte und die Möglichkeit der Erwerbung eines Rechtes bestritt, weil es an einem gewissen Merkmal des berechtigten Subjektes fehle. Denn die Klägerin trete Namens der armen Einwohner auf und erkenne an, daß den Nichtarmen das Recht nicht zustehe, es sei daher die Armuth das wesentliche Merkmal des berechtigten Subjektes. Sofern aber die Armuth ein äußerlich erkennbares allgemeines Merkmal nicht habe und bei jedem Individuum seiner Natur nach kein bleibender Zustand sei, sondern je nach Umständen die Individuen beherrsche, die Armen einer Gemeinde somit keine für Dritte erkennbare Klasse von Gemeindeangehörigen bilden, so haben sie auch als solche kein Recht für ihre Kategorie erwerben oder erhalten können. Dieser Einwand wurde jedoch nicht für gegründet erkannt und besagen hierüber die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Durch die Aussagen der vernommenen Zeugen ist dargethan, daß vor dem Jahre 1863 wenn auch nicht sämmtliche Bürger von L. ohne Unterschied des Vermögens, so doch die Armen mehr als 30 Jahre lang das Leseholz in den Wäldern der Beklagten offen und ungestört in der Meinung und Absicht gesammelt haben, ein ihnen als Bürgern von L. zustehendes Recht auszuüben durch diesen fortgesetzten Besitz, für dessen angebliche Fehlerhaftigkeit die Beklagte Beweis nicht einmal angetreten hat, ist die fragliche Gerechtigkeit für sämmtliche Bürger, auch die künftig lebenden, welche sich im Zustande der Armuth befinden, in genügender Weise erworben worden. Die sichern Merkmale für die Berechtigung des Einzelnen sind: einerseits und hauptsächlich die Gemeindeangehörigkeit, und andererseits die Armuth. Daß der letztere Zustand seiner Natur nach weder von bleibender Dauer, noch auf bestimmte Individuen beschränkt ist, ist gleichgiltig. Zur Ausübung der Gerechtigkeit erscheinen eben die sämmtlichen Bürger der Gemeinde als befugt, wenn und insolange sie in dem fraglichen Zustand sich befinden. Nicht minder gleichgiltig ist es, daß der Zustand der Armuth in der Regel nicht sofort für Jedermann erkennbar ist. Denn abgesehen davon, daß bei dem verhältnißmäßig geringen Werthe der Nutzung für den Einzelnen anzunehmen ist, es werden von derselben in der That nur Diejenigen Gebrauch machen, welche durch ihre Armuth hiezu bewogen werden, so genügt es, daß der Zustand der Armuth, wie jeder andere faktische Zustand sich ermitteln läßt. Will die Beklagte einem einzelnen Bürger, der von der Nutzung Gebrauch macht, seine Berechtigung hiezu wegen mangelnder Armuth bestreiten, so hat über das Dasein dieser Voraussetzung der Richter zu entscheiden.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. September 1869, in der Appellationssache der F. Standesherrschaft L. W. F. c. Gemeinde L.

3) Klage des Cessionars gegen den Cedenten auf Anerkennung der Cession. Begründung der Klage.

Zur Begründung der Klage des Cessionars gegen den Cedenten auf Anerkennung der Cession[2] genügt die Berufung auf eine Urkunde nicht, welche nichts weiter als die Erklärung des Cedenten enthält, daß er die fragliche Forderung mit Rechten und Klagen an den Cessionar abgetreten habe, ohne daß die Urkunde über Grund und Zweck der Cession eine Auskunft gibt.[3] Die Cession ist kein für sich bestehendes Rechtsgeschäft, sondern sie bildet, wie die Tradition einer körperlichen Sache, nur die Vollziehung eines Rechtsgeschäftes, welches darauf gerichtet ist, die Forderung selbst (oder wenigstens deren Ausübung) von dem Cedenten auf den Cessionar zu übertragen. Die rechtliche Giltigkeit einer Cession hängt daher von dem Rechtsbestande des Geschäftes oder Uebertragungsgrundes ab, in Gemäßheit dessen sie erfolgt ist und als ein zulässiger Abtretungsgrund kann nur ein solcher angesehen werden, welcher nach den Bestimmungen des bestehenden Rechtes geeignet ist, eine Vermögens-Veräußerung zu vermitteln, wie Kauf, Tausch, Hingabe an Zahlungsstatt und

---

[2] Ueber das Klagerecht vergl. dieses Archiv Bd. XI, S. 143 ff.; Bd. XII, S. 24 ff.

[3] Anders bei der Klage des Cessionars gegen den debitor cessus; in diesem Falle genügt zum Nachweis der Sachlegitimation des Cessionars eine Cessionsurkunde, wenn auch in derselben das Rechtsgeschäft, wodurch die Forderung an den Cessionar veräußert worden, nicht angegeben ist. Dem debitor cessus ist allerdings unbenommen, die Existenz eines Veräußerungsgeschäftes oder der Rechtsgiltigkeit desselben zu bestreiten und auf Grund dessen die Zahlung zu verweigern; aber der Urkunde gegenüber liegt ihm der Beweis der Nichtexistenz oder der Ungiltigkeit des Veräußerungsgeschäftes ob. Vergl. Seuffert, Archiv Bd. V, Nro. 150, 151; Bd. XI, Nro. 136; Bd. XIII, Nro. 18, 90; dieses Archiv Bd. III, S. 188; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 332 Abs. 2, Art. 333 Abs. 2; Dresdener Protokolle Bd. II, S. 985—987, 1000—1004.

Schenkung, wogegen in der bloßen Absicht der Sicherstellung oder in der Ermächtigung des Cessionars, die Forderung für sich oder für den Cedenten einzuziehen, ein giltiger Cessionstitel nicht zu finden ist.[4]

Wenn also der Cessionar gegen den Cedenten selbst, beziehungsweise dessen Vertreter Klage auf Anerkennung der Cession oder auf Herausgabe des eingezogenen Forderungsbetrages erhebt und von beklagter Seite die Rechtsgiltigkeit der Cession, namentlich wegen Mangels eines gesetzlich geeigneten Cessionsgrundes, bestritten wird, so hat der Cessionar das Vorhandensein eines solchen Grundes auf rechtsgenügende Weise (sei es durch die Cessionsurkunde oder auf anderem Wege) darzuthun, und ist es dießfalls gleichgiltig, ob die Klage des Cessionars als eine Klage aus dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte, also z. B. als Kaufsklage aufgefaßt wird, wenn sich die Cession auf einen Kaufvertrag gründen soll,[5] oder ob man eine Art Eigenthumsklage oder die condictio sine causa als angestellt und statthaft betrachtet, da auch bei den letztgenannten Klagen der Nachweis wesentlich erfordert würde, daß die von dem Kläger behauptete Erwerbung der Forderung kraft eines rechtsgiltigen Titels erfolgt sei. Enthält die Cessionsurkunde nichts von dem Rechtsgrunde der Cession, so hat somit der Cedent auf anderem Wege hiefür Beweis zu liefern.[6]

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Januar 1866 in der Appellationssache Sch. c. U.

---

[4] Vergl. Mühlenbruch, Cession S. 399, 456, 457; Seuffert, Pand., 4. Ausg., Bd. II, §. 298, 297, Note 5; Sarwey, Monatschr. Bd. XX, S. 299, 300; Württ. Archiv Bd. III, S. 188.

[5] l. 23 §. 1 D. de her. v. act. vend. (18, 4); Malblanc, Princ. Tom. III, §. 547, S. 449, 450; Mühlenbruch, Cession S. 503, 504, 507, 621; Sarwey, a. a. O. Bd. VIII, S. 490, 492, vergl. übrigens Note 2.

[6] Vergl. Leyser, medit. Vol. III, Sp. 201, med. 4, S. 529, 530; Hofacker, Princ. Tom. III, §. 1956, S. 204; Glück,

4) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Vertragsgegenstandes.[7]

In einem den 19. Januar 1865 abgeschlossenen Kaufvertrage war der Kaufgegenstand dahin beschrieben: „Das in Egelsee auf württembergischem Gebiete gelegene Anwesen des Verkäufers Gottlieb P., bestehend in Haus und allen Grundstücken, welche auf württembergischem Gebiete liegen" und am Rande daneben war auf das „Güterbuch der Gemeinde Tannheim Thl. XVII Bl. 285 Hausnummer 13" hingewiesen, an welcher Stelle unter dem Namen des Verkäufers Gottlieb P. dessen auf württembergischem Gebiete gelegenes Anwesen, nämlich das Haus unter der Nummer 13 und die auf württembergischem Gebiete liegenden Güterstücke, drei an der Zahl, nach ihrer Lage, Angrenzung und Meßgehalt genau beschrieben sind. Der Vertrag wurde angefochten, weil es an der nach Art. 1 des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 erforderlichen „bestimmten Bezeichnung der Vertragsgegenstände" fehle. Diese Anfechtung wurde nicht für begründet erachtet und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe: es müsse die Hinweisung auf das Güterbuch genügen; indem durch eine solche Allegation die von dem Gesetze in Ansehung der Bezeichnung der verkauften Grundstücke beabsichtigte Bestimmtheit in gleicher Weise, wie durch deren Aufführung und Bezeichnung in der Vertragsurkunde selbst, hergestellt werde und in Folge derselben bestimmt erkannt werden könne, welche Grundstücke verkauft seien. Hiebei könne der Umstand, daß im Kaufbuche die Allegation des Güterbuches auf der Nebenseite gemacht worden

---

Komm. Bd. XVI, S. 396, 439; Seuffert, Pand. §. 298 und Note 4; Wächter, Württ. Priv.R. Bd. II, S. 346, 347; Württ. Landrecht, Thl. I. Tit. 34, §. 4; l. 25 §. 4 D. de prob. (22, 3).

[7] vergl. dieses Archiv Bd. III S. 140 ff.; Bd. VI S. 181 ff.; Bd. VIII S. 119 ff.; Bd. X S. 434 f.; Tafel, Civilrechtsspr. Bd. III S. 255 ff.; Bd. V S. 230 f.

sei, nicht in Betracht kommen, weil diese Allegation, wie solche auch sonst häufig an solcher Stelle erfolge, nicht erst später eingeschaltet worden sei.

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Mai 1869 in der Appellationssache K. c. P.

5) Liegenschaftsgesetz; Vertrag zu dessen Umgehung. Konventionalstrafe.

Unter dem 15. Nov. 1866 schlossen Jakob F. von R. und Joseph H. von B. einen Vertrag, nach dessen Wortlaut F. den H. mit dem Verkaufe seiner ungefähr 23 Morgen haltenden Güter beauftragt, ihm als Lohn hiefür den Mehrerlös über die Summe von 16,200 fl. zugesichert und für den Fall der Kündigung des sog. Bevollmächtigungsvertrages eine Konventionalstrafe von 1000 fl. versprochen hat. F. kündigte den Vertrag, worauf H. die Konventionalstrafe gegen F. einklagte. Letzterer wandte ein, daß der Vertrag ungiltig sei, weil er nur zum Schein, zur Umgehung des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 abgeschlossen worden und die wahre Absicht der Parteien dahin gegangen sei, daß Kläger dem Beklagten seine Liegenschaft um 16,200 fl. abkaufen und solche sofort wieder stückweise verkaufen solle. Diese Einrede wurde für begründet erachtet und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Das Gesetz vom 23. Juni 1853, betr. die Beseitigung der bei Liegenschaftsveräußerungen und insbesondere bei der Zerstückelung von Bauerngütern vorkommenden Mißbräuche, will hauptsächlich dem verderblichen Treiben der sog. Hofmetzger steuern, es will den Erwerb von größeren, seither in Einer Hand befindlichen Güter zum alsbaldigen stückweisen Wiederverkaufe verhindern. Deßhalb bestimmt der Art. 11, daß, wer ein oder mehrere Grundstücke im Flächeninhalt von wenigstens 10 Morgen aus Einer Hand durch einen Kauf- oder Tauschvertrag erwirbt, diese Liegenschaft, ehe er sie nicht wenigstens 3 Jahre in Besitze gehabt,

entweder nur im Ganzen oder nicht mehr als den vierten Theil davon verkaufen dürfe. Es bestimmt ferner der Art. 12, daß diesem Verbot auch unterliege, wenn Jemand ein solches Gut bloß als Scheinbevollmächtigter des früheren Eigenthümers, in der Wirklichkeit aber für eigene Rechnung stückweise verkaufe. Diese letztere Bestimmung ist nichts dem fraglichen Gesetze Eigenthümliches, sondern enthält nur eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Wirkung von Handlungen, wodurch ein Gesetz umgangen wird. Hienach kann zwar die Umgehung eines verbietenden Gesetzes darin allein noch nicht gefunden werden, daß dasselbe den Grund und Anlaß eines Rechtsgeschäftes bildet, daß die Parteien, weil das Gesetz ein gewisses Rechtsgeschäft verbietet, einen andern an sich erlaubten Vertrag eingehen. Kommt aber der weitere Umstand hinzu, daß durch die Vollziehung dieses Vertrages dasjenige realisirt würde, was das Gesetz gerade verhindern will, so ist allerdings die Annahme begründet, daß die Parteien den Vertrag zur Umgehung des Gesetzes abgeschlossen haben, daß derselbe nur insoweit, als diese Umgehung hiemit bezweckt worden, ernstlich gemeint, abgesehen hievon aber nicht in ihrem Willen gelegen, somit nur zum Schein abgeschlossen worden sei — l. 3 §. 7, l. 7 §. 3 D. de Scto. Maced. (14, 6).[8] — Kann daher nachgewiesen werden, daß die Parteien nicht bloß zur Eingehung des Vertrages vom 15. Nov. 1866 durch das Gesetz vom 23. Juni 1853 bestimmt wurden, sondern daß auch die Vollziehung des Vertrages die gleiche Wirkung hätte, wie wenn Kläger dem Beklagten seine Liegenschaft abkaufen und solche sofort wieder stückweise verkaufen würde, so ist die Unterstellung gerechtfertigt, daß die Parteien den Vertrag zur Umgehung des Gesetzes, also zum Schein abgeschlossen haben und kann

[8] **Wächter**, württ. Privatr. Bd. I, S. 9 u. 10; **Schweppe**, röm. Privatrecht Bd. I, S. 19: **Donelli** comment. lib. I, cap. 14, §. 5.

derselbe in keiner Weise zu Recht bestehen. Nicht als Bevollmächtigungs-, beziehungsweise Dienstmiethevertrag: denn dieser ist von den Parteien nicht beabsichtigt; aber auch nicht als Kaufvertrag: denn einmal sind die hiefür vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet, und dann sollte der Ankauf der Liegenschaft durch den Kläger nach der Absicht der Parteien nur in Verbindung mit dem sofortigen stückweisen Wiederverkauf durch denselben Geltung haben, letzterer aber ist gesetzlich verboten. Nun erhellt aus der eigenen Darstellung des Klägers, daß die zwischen den Parteien gepflogenen Verhandlungen damit begonnen haben, daß Beklagter den Kläger aufgefordert hat, ihm seine Güter abzukaufen, daß Kläger hierauf erwidert hat, er könne seine Güter nicht kaufen, weil er sie sonst vor Ablauf von drei Jahren nicht wieder verkaufen dürfe, daß Kläger daher dem Beklagten vorgeschlagen hat, er wolle die Güter als sein, des Beklagten, Bevollmächtigter verkaufen, und daß hierauf nach längerer Unterhandlung der Vertrag, wie er in der Urkunde vom 15. Nov. 1866 niedergelegt ist, zu Stande kam. Hienach kann darüber kein Zweifel sein, daß die Parteien den vorliegenden Vertrag nur wegen des in dem Gesetze vom 23. Juni 1853 ausgesprochenen Verbotes der alsbaldigen stückweisen Wiederveräußerung geschlossen haben.

Hätte sodann der Beklagte seine Liegenschaft an den Kläger verkauft und letzterer sie sofort wieder stückweise veräußert, so wäre Kläger verpflichtet gewesen, dem Beklagten eine bestimmte Geldsumme als Kaufpreis zu bezahlen und hätte dagegen das Recht erlangt, vom Beklagten die Ueberlassung der Liegenschaft zu fordern, die er sofort stückweise für eigene Rechnung wieder verkauft hätte. Ganz die gleiche Wirkung tritt aber ein, wenn der Vertrag vom 15. Nov. 1866 vollzogen wird. Denn hier wie dort überläßt Beklagter dem Kläger seine Güter zum alsbaldigen stückweisen Verkauf, der in Wirklichkeit auf Rechnung des Klägers geht, wogegen der Kläger hier wie

dort dem Beklagten eine bestimmte Geldsumme von 16,200 Gulden zu bezahlen hat. Es ist nur hier die Art der Zahlung dahin näher bestimmt, daß Beklagter mit seiner Forderung auf einen entsprechenden Theil der vom Kläger beim Wiederverkauf zu bedingenden Kaufschillingszieler verwiesen wird. Auch ist die Wirksamkeit des ganzen Vertrages von der Resolutivbedingung abhängig gemacht, daß beim Wiederverkauf zum mindesten die Summe von 16,200 Gulden erlöst werde. Dieß ergibt sich aus Folgendem:

Daß Kläger dem Beklagten für die Ueberlassung des Anwesens zum Verkaufe 16,200 Gulden durch Verweisung desselben auf einen entsprechenden Theil der vom Kläger bei diesem Verkaufe zu bedingenden Kaufschillingszieler zu bezahlen hat, erhellt aus der Bestimmung des Vertrages, wonach von dem Kaufschilling, den Kläger mit den Käufern vereinbaren wird, dem Beklagten der Betrag von 16,200 Gulden gebührt. Hieraus erklärt sich auch das Interesse, welches Beklagter daran hat, daß auf 4 gleiche Jahresziele verkauft und der Kaufschilling durch Vorbehalt des Pfandrechtes und Stellung tüchtiger Bürgen gesichert wird. Zugleich widerlegt sich hiedurch die Einwendung, es sei nicht zu glauben, daß Beklagter an einen fremden Handelsmann ohne alle Garantie für die Zeit und Art der Zahlung von 16,200 fl. sollte verkauft haben. Die Erwähnung der mehreren Käufer im Vertrage sodann beweist, daß der Verkauf durch den Kläger ein stückweiser sein sollte. Daß aber dieser Verkauf in Wirklichkeit auf Rechnung des Klägers geht, ergibt die Vertragsbestimmung, wonach Beklagter dem Kläger jeden Erlös über 16,200 fl., so hoch sich derselbe auch belaufen mag, überläßt, wonach also der Gewinn, der sich durch den Verkauf gegenüber der Summe ergibt, die Kläger selbst dem Beklagten zu zahlen hat, ausschließlich dem Kläger zufällt. Daß endlich der Vertrag, der sofort in Vollzug zu setzen war, für den übrigens als unwahrscheinlich angenommenen Fall wieder aufgehoben sein sollte, wenn beim Verkaufe durch den Kläger nicht

mindestens 16,200 fl. erlöst würden, erhellt aus der Bestimmung, daß Beklagter den Kläger nur dann, wenn dieser Erlös erzielt wird, zu definitiver Genehmigung des Verkaufes ermächtigt, bei einem Mindererlös aber Beklagter sich die Genehmigung vorbehält und Kläger auf jede Belohnung verzichtet. Diese Bestimmung erklärt sich daraus, daß einerseits der Beklagte seine Liegenschaft an den Kläger nicht unter 16,200 fl. abgeben und anderseits der Kläger diese Summe nicht aus eigenen Mitteln, sondern durch Verweisung des Beklagten auf die von ihm zu bedingenden Kaufschillingsziel er bezahlen wollte. Wurde daher der fragliche Erlös nicht erzielt, so mußte der Vertrag zwischen den Parteien wieder zusammenfallen, weßhalb auch Kläger für diesen Fall auf jede Belohnung verzichtet hat. Dem Beklagten aber sollte unbenommen sein, falls er sich nachträglich mit dem geringeren Kaufpreis begnügen wollte, den die vom Kläger aufgesuchten Käufer bieten würden, mit diesen zu kontrahiren.

Hienach darf unbedenklich angenommen werden, daß die Parteien den Vertrag zu Umgehung des Gesetzes vom 23. Juni 1853 abgeschlossen haben, daß sie in Wirklichkeit nicht einen Bevollmächtigungsvertrag, sondern einen Kauf zum Zwecke des sofortigen stückweisen Wiederverkaufes eingehen wollten, eine Annahme, die übrigens noch weiter dadurch unterstützt wird, daß Kläger mit Gütern überhaupt Handel treibt, daß er, bevor er sich mit dem Beklagten selbst in's Benehmen setzte, auf die Mittheilung, daß Beklagter seine Güter zu verkaufen gesonnen sei und die Anfrage, ob er, der Kläger, sie nicht kaufe, seine Geneigtheit dazu ausgesprochen hat und bei seiner Geschäftsgewandtheit nicht anzunehmen ist, daß er dieß ohne Kenntniß von dem ungefähren Meßgehalt der Güter gethan habe, endlich, daß die Parteien, nachdem sie sich über die Form des Bevollmächtigungsvertrages verständigt hatten, ganz wie bei einem gewöhnlichen Kaufe noch um den Preis gehandelt

haben, Beklagter zuerst 16,500 fl. gewollt und sich schließlich mit dem Kläger auf 16,200 fl. geeinigt hatte.

Hiegegen kann nicht eingewendet werden, daß der Abschluß eines Bevollmächtigungsvertrages vom Beklagten selbst dadurch anerkannt worden sei, daß er am 16. Nov. 1866 vor dem Schultheißenamt die dem Kläger ertheilte Vollmacht zum Verkaufe seiner Güter widerrufen habe. Denn Beklagter hat hiemit nichts Anderes als seinen Willen zu erkennen gegeben, daß er den mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrag, der sich ja äußerlich als ein Bevollmächtigungsvertrag darstellt, nicht halten werde.

Fällt aber dem Ausgeführten zufolge der Vertrag vom 15. Nov. 1866 als ungiltig zusammen, so erscheint auch der Anspruch auf die für den Fall seiner Nichteinhaltung bedungene Konventionalstrafe als unbegründet.

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Juni 1869 in der Appellationssache F. c. H.

6) Eintrag einer Schenkung von mehr als 200 Gulden in das Gerichtsbuch.

Das Landrecht Thl. II, Tit. 18 §. 2 verordnet, daß Schenkungen im Werth von mehr als 200 Gulden vor Gericht fürgebracht und in das Gerichtsbuch eingeschrieben werden. In einem Falle, in welchem die Insinuation der Schenkung von dem Schenkgeber bei dem Gemeinderathe gehörig nachgesucht worden war, [9] der Gemeinderath aber die Schenkung nicht in ein fortlaufendes Protokoll oder Buch eingetragen, sondern ein abgesondertes Protokoll über die Insinuation der Schenkung aufgenommen hatte, wurde die Einwendung erhoben, daß hiedurch dem Erfordernisse des Gesetzes nicht genügt sei. Diese Einwendung wurde verworfen. In den Entscheidungsgründen des Gerichtshofes zu Ellwangen ist dießfalls gesagt:

Das Landrecht enthält keine nähere Bestimmung darüber, was unter dem Gerichtsbuche zu verstehen sei.

---

[9] vgl. Württ. Archiv Bd. VI, S. 173.

Dafür übrigens, daß dasselbe hiermit etwas von dem gemeinen Rechte Abweichendes festsetzen wollte, findet sich in den Landrechtsakten nicht nur keine Spur, sondern es ist vielmehr das Gegentheil aus dem Umstande zu schließen, daß in der Haug'schen Relation bezüglich der Frage, in welcher Weise die Insinuation geschehen solle, ausschließlich auf die Ansichten von Schriftstellern des gemeinen Rechtes hingewiesen ist.[10] Nach dem gemeinen Rechte nun aber bestand die Insinuation in einem über die gerichtliche Erklärung der Parteien aufgenommenen Protokolle ohne besondere Vorschriften über die Art der Abfassung oder Registrirung desselben — l. 27, l. 30—32. Cod. de donationibus (8, 54).[11] Ja nicht einmal dieses Protokoll scheint Haug für wesentlich erachtet zu haben, wenn er bezüglich der angeregten Frage auf die Ansicht des Julius Clarus beziehungsweise des Johann Andreä, wornach die Publikation der privatim abgefaßten Schenkungsurkunde vor dem Gerichte selbst ohne deren Registrirung zu den Gerichtsakten genügend wäre, Bezug nimmt, ohne sich gegen dieselbe zu kehren.[12] Erwägt man nun, daß die Gesetzessprache zur Zeit der Abfassung des Landrechtes, wie bekannt, nicht eben besonders präzis war,[13] so erscheint man nach dem Ausgeführten um so mehr berechtigt, keinen besondern Nachdruck auf den Ausdruck „Gerichtsbuch" zu legen, als auch eine Vergleichung der Vorschriften des Landrechtes Thl. III, Tit. 3 über die erste Testamentsform, woselbst gleichfalls Eintrag in das Gerichtsbuch verlangt wird, mit denen der zweiten Form, woselbst ein Eintrag in ein fortlaufend geführtes Gerichtsbuch nicht, sondern nur gerichtliche Verwahrung der Testamentsurkunde verord-

---

[10] Vergl. Wächter, württ. Privatrecht Bd. I, S. 353.

[11] Savigny. System Bd. IV, S. 217; Göschen, Vorlesungen, Buch III, §. 538.

[12] Landrechtsakten S. 208, vergl. auch S. 213.

[13] vergl. Wächter, württ. Privatrecht Bd. II, S. 140.

net ist, die Annahme nahe legt, daß die Aufnahme dieser Akte in ein derartiges fortlaufend geführtes Protokoll überhaupt nicht für wesentlich erachtet wurde, sofern weder ein Grund vorlag, in dieser Beziehung die Form des mündlichen gerichtlichen Testamentes gegenüber der des schriftlichen gerichtlichen Testamentes, noch dem letztern gegenüber die einer Schenkung unter Lebenden zu verschärfen. Endlich kann auch nicht gesagt werden, daß aus dem Zwecke, den das Gesetz im Auge hat, sich besondere Anhaltspunkte für die strengere Auslegung ergeben, sofern die gerichtliche Insinuation nicht sowohl im Interesse dritter Personen, als um den Schenker vor Uebereilung zu bewahren, angeordnet worden ist,[14] weßhalb dann nach dem römischen Rechte und wenigstens nach dem dritten Landrechte regelmäßig eine sachliche Prüfung von Seite des Gerichtes nicht gefordert wird,[15] sowie deßhalb auch nicht vorgeschrieben ist, daß die Insinuation gerade vor dem Gerichte des Schenkgebers erfolgen müsse. Daß nun aber durch die K. Verordnung vom 19. Juni 1808 §. 7 die Giltigkeit solcher Schenkungen stets von deren Eintrag im Kontraktenbuche habe abhängig gemacht werden wollen, kann schon nach der Fassung der einschlägigen Worte nicht angenommen werden, wornach sich diese Vorschrift nur auf diejenigen Orte bezog, woselbst damals keine ordentlichen (Dorf- oder Stadt-)Gerichte bestunden, und deßhalb der Ortsmagistrat anzugehen war, wie denn überhaupt die ganze Verordnung in Frage laut deren Eingangsworten lediglich den Zweck hat, für die Orte der bezeichneten Kategorie Fürsorge zu treffen.[16] Wenn nun auch in §. 39 des IV. Ediktes im Allgemeinen bestimmt worden ist, daß die Gemeinderäthe in Sachen der willkürlichen Gerichtsbarkeit zunächst

---

[14] **Savigny**, System Bd. IV, S. 198 ff.; **Göschen**, Vorles., Buch III, §. 538.

[15] Landrechtsakten, Einleitung S. 32 Anm.; ferner S. 213.

[16] **Wächter**, württ. Privatrecht Bd. I, S. 845.

nach den bestehenden Gesetzen, insbesondere auch der Verordnung vom 19. Juni 1808 sich zu achten haben, so ist doch weder damals, noch später bestimmt worden, daß nunmehr die Schenkungen in Frage sämmtlich und überall bei Strafe der Nichtigkeit in das Kontraktenbuch eingetragen werden müssen. Da überdieß eine solche Bestimmung mit dem Geiste der einschlägigen vaterländischen Gesetzgebung in auffallendem Widerspruche stehen würde, so dürfte die Vermuthung nicht fehlgreifen, daß selbst da, wo jene Verordnung Platz greifen sollte, trotz der anscheinend generellen Androhung der Nichtigkeit solche sich doch nur auf die Unterlassung des den Parteien obliegenden Anbringens vor dem Gerichte beziehen, dagegen die lediglich die Obliegenheit des Magistrates betreffende Vorschrift des Eintrags im Kontraktenbuche nur eine reglementäre sein sollte. Es hat denn auch keiner der württ. Rechtslehrer für wesentlich erklärt, daß der Eintrag in das Kontraktenbuch erfolgen müsse.[17]

Von dem Obertribunal wurde die Entscheidung des Gerichtshofes bestätigt und es besagen die Entscheidungsgründe in fraglicher Beziehung:

Der Zweck der landrechtlichen Bestimmung Theil II, Tit. 18 §. 3, wodurch das Fürbringen der Schenkungen über 200 fl. vor Gericht und deren Eintrag in das Gerichtsbuch vorgeschrieben wird, ist offenbar kein anderer, als den Schenkgeber vor Uebereilung zu bewahren. Dieser Zweck wird schon dadurch erreicht, daß der Schenkgeber die von ihm beabsichtigte Schenkung vor Gericht „fürbringt". Dieses „Fürbringen" soll nach der weiteren Bestimmung des Gesetzes urkundlich festgestellt und in das Gerichtsbuch eingetragen werden. Ein solcher Eintrag ist an und für sich nichts Anderes, als ein in das Gerichtsbuch aufgenom-

---

[17] **Weishaar**, württ. Privatrecht Bd. III, §. 1103; **Reinhardt**, Komm. Bd. II, S. 322; **Reyscher**, württ. Privatrecht Bd. II, §. 438.

menes Protokoll über das fragliche „Fürbringen". Daß das Protokoll in das Gerichtsbuch einverleibt werde, soll nach der Vorschrift des Gesetzes die Regel bilden; als wesentlich kann es aber nicht erachtet werden. Es muß vielmehr, da eine buchstäbliche Auslegung der fraglichen Gesetzesbestimmung auf einen Widerspruch mit dem offenbaren Grund des Gesetzes führen würde, dieselbe eine ausdehnende Auslegung dahin finden, daß die Einschreibung der Schenkung in ein vom Gemeinderath beurkundetes Protokoll als genügend erachtet wird.[18]

Dieser Auslegung steht nicht im Wege die Bestimmung des §. 7 der K. Verordnung vom 17. Juni 1808: es müsse jede über 200 fl. im Werthe betragende Schenkung an Orten, wo keine Gerichte bestehen, vor den Ortsmagistrat gebracht und in das Kontraktenbuch eingetragen werden, denn auch in Beziehung auf diese Bestimmung muß das vorhin Angeführte Anwendung finden.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Dezember 1869 in der Appellationssache G. c. L.

7) Einreden des Assignaten aus seinem Rechtsverhältnisse zu dem Assignanten nach erfolgter Annahme der Assignation.

Dem Rechtsgeschäfte der Assignation liegt das doppelte Mandat von Seiten des Assignanten zu Grunde, einerseits an den Assignaten, eine Zahlung zu leisten, andererseits an den Assignatar, eine Zahlung zu erheben.[19] Erklärt sich der Assignat dem Assignanten gegenüber zur Annahme des ertheilten Zahlungsauftrags bereit, so verpflichtet er sich hiedurch gegenüber von seinem Kontrahenten, dem Assignanten, die Zahlung zur Verfallzeit an den Assignatar zu leisten, mithin den angenommenen Auftrag zu vollziehen. Es wird also durch die Annahme der Zahlungs-

[18] Savigny, System des röm. Rechtes Bd. I, S. 232, 234.

[19] vergl. württ. Archiv Bd. XI, S. 73 ff.; dagegen Plathner in der deutschen Gerichtszeitung N. F. Bd. II, S. 4 ff.

anweisung (den Fall der besondern Uebereinkunft und selbständigen Acceptation gegenüber vom Assignaten ausgenommen [20]) ein Rechtsverhältniß nur zwischen dem Auftraggeber, dem Assignanten, und seinem zur Zahlungsleistung Beauftragten, dem Assignaten, nicht aber ein Obligationsverhältniß zwischen Letzterem und dem Assignatar, selbst nicht durch die an Letzteren erfolgte Zahlung begründet. [21] Hieran ändert auch der Umstand nichts, wenn der Assignat zugleich Schuldner des Assignanten ist, weil dieß mit dem Wesen der Assignation als Mandatsvertrag nichts zu thun hat, damit lediglich in keinem Zusammenhang steht. [22] Wird aber mit der Annahme des Zahlungsauftrags durch den Assignaten (der Regel nach) ein Rechtsverhältniß nur zwischen ihm und dem Assignanten begründet, und wird ebensowenig in Folge der Assignation ein Recht des Assignanten auf den Assignatar selbständig übertragen, kommt vielmehr dem Assignatar ein Klagerecht gegen den Assignaten nur aus der Person des Assignanten, kraft des ihm von Letzterem zur Zahlungserhebung ertheilten Auftrags, zu, so ergibt sich hieraus mit Nothwendigkeit, daß, wie einerseits der Assignatar das Recht des Assignanten bezüglich der ihm zum Empfang überwiesenen Forderung in seinem ganzen Umfang im Vollmachtsnamen des Assignanten ausüben und verfolgen kann, [23] er andererseits alles Das, was diesem Rechte entgegensteht, insbesondere Ein-

---

[20] Windscheid, Pand. Bd. II, Abth. 2, §. 412, Note 16; a. deutsches Handelsgesetzbuch Art. 300; preußisches Landrecht Thl. I, Tit. 16, §. 259; bayerischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches Thl. II, Art. 726, Motive S. 219; sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 1328; züricherisches privatrechtl. Gesetzbuch IV. Buch, §. 1198; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 719; Protokolle der deutschen Obligationenrechtskommission Bd. IV, S. 2559.

[21] Thöl, Handelsrecht Bd. I, §. 122 a. E., §. 125.

[22] Thöl, a. a. O. §. 121.

[23] Volley, Kommentar zum Pfandgesetz Bd. I, S. 481, Note 4.

wendungen des Assignaten, welche, aus der Entstehung der Forderung selbst abgeleitet, der Letztere dem Assignanten selbst zu opponiren in der Lage wäre, ganz in gleicher Weise auch gegen sich als blosen Mandatar des Assignanten gelten lassen muß. Der „Assignat," sagt Weishaar,[24] „kann dem Assignatar diejenigen Einreden entgegensetzen, welche er dem Assignanten entgegensetzen könnte." Der Assignat verpflichtet sich durch die Annahme der Assignation dem Assignanten gegenüber zu nichts Weiterem, als die angewiesene Summe, wenn und insoweit der Assignant solche von ihm zu fordern berechtigt ist, dem Assignatar zu bezahlen. Es hat mithin der Assignat dadurch, daß er sich die Anweisung gefallen läßt, auf etwaige Einreden gegen die Forderung selbst so wenig verzichtet, als in der Anerkennung einer Cession von Seiten des debitor cessus für sich allein ein Verzicht auf etwaige Einwendungen gegen die cedirte Forderung gefunden werden kann.[25]

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Oktober 1865 in der Appellationssache H. c. R.

8) Wohnungsrecht des Leibgedingsberechtigten.

Das als Leibgeding eingeräumte Wohnungsrecht ist nicht schlechthin nach den von den persönlichen Dienstbarkeitsrechten, sondern nach den vom Leibgedingsvertrage geltenden besondern Grundsätzen zu beurtheilen. Zu diesen besondern Grundsätzen gehört nach der herrschenden Ansicht, welche auch in einzelnen Landesgesetzen und in neueren Gesetzesentwürfen ihren Ausdruck gefunden hat, der Satz, daß das Wohnungsrecht des Leibgedingsberechtigten nicht, wie die persönlichen Dienstbarkeitsrechte an einem Gebäude, mit dem Untergang des dem Berechtigten zur

---

[24] Württ. Privatrecht Thl. III, (ältere Ausg.) §. 1279 (neue Ausg.), §. 1154.

[25] Mühlenbruch, Lehre von der Cession §. 50, S. 511–512; Puchta, Vorlesungen zu §. 284, S. 137.

Bewohnung eingeräumten Gebäudes erlischt, vielmehr der Leibgedingsberechtigte im Falle des ohne seine Schuld erfolgten Untergangs des Gebäudes von dem Leibgedingsverpflichteten die Wiederherstellung des Gebäudes und die Wiedereinräumung seines Wohnungsrechtes in dem neuen Gebäude verlangen kann.[26] Diese weiter gehende Verpflichtung des Leibgedingsreichers entspricht der Natur des Rechtsverhältnisses und dem muthmaßlichen Vertragswillen, indem das Leibgeding, wie es namentlich bei Gutsübergaben zwischen Eltern und Kindern bestellt zu werden pflegt, regelmäßig dazu bestimmt ist, dem Gutsübergeber (beziehungsweise seinen Angehörigen) eine lebenslängliche leibliche Versorgung zu gewähren.

Entscheidung des Obertribunals vom 25. Juni 1869 in der Appellationssache S. c. Wittwe Sch. u. Gen.

In Uebereinstimmung hiemit ist in dem großherzogl. hessischen Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches Abtheil. IV, Buch 2 Art. 578 bestimmt: „Umfaßt der Auszug (Leibgeding) auch den Anspruch auf Gewährung einer Wohnung, so kann der Auszugsberechtigte, wenn das betreffende Gebäude durch Unglücksfall untergegangen ist, verlangen, daß der Auszugspflichtige dieses Gebäude zur Auszugswohnung wiederherstelle und ihm derselbe in der Zwischenzeit den Aufenthalt in seiner eigenen Wohnung, falls eine solche auf dem belasteten Gute noch vorhanden und es den Umständen nach möglich ist, gestatte."

---

[26] Runde, von der Leibzucht Thl. II, §. 32, 45, vgl. Thl. I, S. 56, 83; Danz, deutsches Privatr. Bd. V, S. 316; Bluntschli, deutsches Privatrecht, 2. Aufl., S. 361, 362; Buddeus in Weiske's Rechtslexikon Bd. I, S. 534; Weishaar, württ. Privatrecht Bd. III, §. 1205, vergl. §. 1210; K. sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 1172; großh. hessischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches Abth. IV, Buch 2, Art. 578, Motive S. 221; bayerischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches Thl. II, Art. 796, Motive S. 239; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 884.

Ebenso bestimmt das K. sächsische Gesetzbuch §. 1172: „Wird das Gebäude, in welchem der (Auszugs-)Berechtigte die Mitbewohnung oder alleinige Wohnung hat, durch einen Unglücksfall zerstört, so tritt nach dessen Wiederherstellung das Wohnungsrecht des Berechtigten wieder ein. Der Berechtigte kann verlangen, daß der Verpflichtete die Auszugswohnung wiederherstellt, ingleichen, daß ihm der Letztere, wenn demselben eine eigene Wohnung auf dem verpflichteten Grundstücke übrig geblieben ist, dafern es die Umstände gestatten, den Aufenthalt in derselben in der Zwischenzeit mit einräumt."

Auch der bayerische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt im Thl. II, Art. 796: „Geht das Gebäude, in welchem dem Austrags- (Leibgedings-)Berechtigten eine Wohnung vorbehalten ist, durch Zufall unter, so kann dieser die Wiederherstellung einer der vorigen entsprechenden Wohnung und, bis diese erfolgt, die Einräumung einer andern gleich brauchbaren Wohnung verlangen."

Der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse endlich bestimmt im Artikel 882: „Der Leibgedingsverpflichtete hat die Leibgedingswohnung in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande dem Berechtigten zu übergeben und während der Dauer der Berechtigung in diesem Zustande zu erhalten. Auch hat er die auf der Wohnung haftenden Lasten zu tragen." Art. 884: „Ist das Gebäude, welches dem Leibgedingsberechtigten zur Allein- oder Mitbewohnung eingeräumt worden ist, durch Unglücksfall untergegangen, so kann der Berechtigte verlangen, daß der Verpflichtete das Gebäude wieder herstelle und, wenn derselbe noch eine eigene Wohnung hat, ihm in dieser, sofern es den Umständen nach möglich ist, in der Zwischenzeit den Aufenthalt gestatte."

Bei der Berathung in der Dresdener Kommission wurde hiezu bemerkt, daß es sich bei der Wohnungsberech-

tigung des Leibzüchters nicht, wie bei dem usus aedium, um ein dingliches Recht handle, durch dessen Bestellung die diese in sich begreifende Verbindlichkeit erfüllt und aufgehoben werde, sondern um eine die Einräumung der Wohnung an den Leibzüchter überdauernde fortlaufende Verbindlichkeit des Leibzuchtsverpflichteten, jenem die Wohnung zu gewähren. Auch in der Theorie werde daher überall der Satz aufgestellt, daß der Leibgedingsverpflichtete die Leibgedingswohnung in gutem, brauchbarem Stande zu verschaffen und zu erhalten habe, und es entspreche dies nicht nur der herrschenden Gewohnheit, sondern auch der Natur der Sache, da die Verbindlichkeit des Verpflichteten durch die Uebergabe einer in gutem Stande befindlichen Wohnung nicht ein für alle Male erfüllt werde, die Verpflichtung des Leibgedingsverpflichteten vielmehr auf die fortdauernde Gewährung der Wohnung in brauchbarem Stande gerichtet sei und dieser stets sich erneuernden Verpflichtung nur durch die Erhaltung der Wohnung in brauchbarem Stande nachgekommen werde. Wie beim usus, wo durch die Bestellung die Verpflichtung erfüllt werde, die Erhaltungspflicht des Berechtigten aus der Natur des Verhältnisses folge, so folge bei der Leibgedingswohnung die Pflicht des Verpflichteten zur Unterhaltung der Wohnung gleichfalls aus der Natur des Verhältnisses.[27]

9) Verzicht auf einen Anspruch an die Gantmasse unter Vorbehalt der besseren Glücksumstände des Gemeinschuldners.

Ein Gläubiger hatte in dem Gante seines Schuldners erklärt, er verzichte auf alle Ansprüche an die Masse unter Vorbehalt der besseren Glücksumstände des Gemeinschuld-

---

[27] Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung eines allgem. deutschen Obligationenrechtes Bd. IV, S. 3161, 3162, Bd. VI, S. 4535; vgl. Seuffert, Archiv Bd. II, Nro. 80; Bd. V, Nro. 213; dieses Archiv Bd. X, S. 160.

ners. Als nun Letzterer später von seinem Gläubiger auf Bezahlung in Anspruch genommen wurde, wandte er ein, daß durch besagte Erklärung des Gläubigers das zuvor unbedingt klagbare Recht zu einem bedingten und die Klagbarkeit der Forderung vertragsmäßig von dem Vorhandensein eines bestimmten Vermögens im Besitze des Schuldners abhängig geworden sei. Es könne daher vor dem Eintritt der Bedingung, d. h. ehe der Schuldner in bessere Vermögensumstände gekommen, dieser nicht belangt werden, und letzteres sei bis jetzt nicht eingetreten. Diese Einwendung wurde nicht als gegründet erkannt und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Nach der Auffassung des Beklagten hätte letzterer durch Vertrag eine der Rechtswohlthat der Kompetenz ganz ähnliche Vergünstigung erlangt, nur mit dem Unterschied, daß diese in einer vertragsmäßigen Einräumung ihren Grund hätte, während jene das Gesetz gewissen Schuldnern gestattet. Es kann nun zwar selbstverständlich keinem Zweifel unterliegen, daß eine solche der bezeichneten Rechtswohlthat nahe oder gleichkommende Vergünstigung mit Wirkung auch vertragsweise hätte eingeräumt werden können — l. 49 D. de her. inst. (2, 14), — allein in der fraglichen Erklärung, wie sie in Gantfällen mit ähnlichen Worten häufig vorkommt, wenn hinsichtlich einer unbevorzugten Forderung mit Bestimmtheit vorauszusehen ist, daß die Aktivmasse nicht bis zu deren Befriedigung reichen werde, liegt nach ihrem ganzen Wortlaut, wie insbesondere die Worte: „es werde auf alle weitere Ansprüche an die Masse“ und „unter Vorbehalt der bessern Glücksumstände des Gemeinschuldners“ zeigen, mehr nicht als der Ausspruch, Liquidant wolle sich nicht an die gegenwärtige Masse halten, seine Liquidation für jetzt zurückziehen, behalte sich aber die Geltendmachung seiner Forderung für den Fall bevor, daß der Schuldner später wieder in bessere Glücksumstände, zu Vermögen komme, was der Liquidant abwarten wolle. Hiebei ist lediglich dem Ermessen des

Gläubigers anheimgegeben, zu beurtheilen, ob die Vermögensverhältnisse seines Schuldners sich so verbessert haben, daß er volle oder wenigstens theilweise Zahlung zu leisten im Stande ist, und wann er ihn aufs neue in Anspruch nehmen will, und kein Wort der in Frage stehenden Erklärung würde die Unterstellung rechtfertigen, es habe das Klagerecht, die Erneuerung der Klage von dem Eintritt besserer Vermögensverhältnisse abhängig gemacht und bestimmt werden wollen, nur dann und nur insoweit sei die Erneuerung des Anspruchs zulässig, wenn der Schuldner wieder ein bestimmtes Vermögen, mehr erworben habe, als der nothwendige Lebensunterhalt erfordere. Wenn von dem Beklagten hiegegen eingewendet wird, bei dieser Auffassung wäre die fragliche Erklärung bedeutungslos, so ergibt sich schon aus dem Obigen, wie unbegründet dieß ist, indem die Erklärung augenfällig den Zweck gehabt hat, zur Kenntniß des Gantgerichtes zu bringen, daß sich Liquidant nicht an die vorhandene Masse halten, sondern seine Liquidation zurückziehen wolle. Mehr drückt auch diese Erklärung in der That nicht aus, namentlich nicht, daß dem Gemeinschuldner irgend eine Vergünstigung wegen der nicht durch Verzicht aufgegebenen Forderung für spätere Zeiten habe eingeräumt werden wollen.

Entscheidung vom 31. Oktober 1865 in der Appellationssache S. c. H.

10) Heimliche Begünstigung eines Gläubigers bei einem Nachlaßvergleiche.

Ein Schuldner, im Begriffe seine Zahlungen einzustellen, stellte einem seiner Gläubiger, dem Handlungshause H. und D. am 16. Febr. 1864 eine Urkunde aus, worin er sich verbindlich machte, dessen Guthaben binnen zwei Jahren vollständig zu bezahlen, es möge nun die Forderung im Gantfalle Schaden leiden, oder durch freiwillige Nachlaßerklärung seiten des Gläubigers als gekürzt erscheinen. Tags darauf zeigte der Schuldner seine Zahlungs-

unfähigkeit an, es kam aber in der Folge ein Nachlaßvergleich zu Stande, welchem auch das Handlungshaus H. und D. beitrat. Gleichzeitig stellte jedoch der Schuldner diesem eine weitere Urkunde aus, worin das in der früheren Urkunde enthaltene Versprechen wiederholt und anerkannt wurde, daß H. und D. nur der Form nach dem Nachlaßvergleiche beitreten, diese Beitrittserklärung aber für dieselben in keiner Weise verbindlich sein solle. Der Nachlaßvergleich wurde vollzogen und es blieb an der Forderung von H. und D. die Summe von 1126 fl. unberichtigt. Die Bezahlung dieser Summe verlangten nun H. und D. nach Ablauf der zwei Jahre auf Grund des in der Urkunde vom 16. Febr. 1864 enthaltenen Versprechens von dem Schuldner. Dieser aber weigerte die Zahlung, indem er geltend machte, daß das Versprechen als ein den übrigen Gläubigern und dem Gantgerichte verheimlichtes, somit als ein fraudulofes, keine rechtliche Giltigkeit habe. Dieser Einwand wurde für begründet erachtet, und die Klage abgewiesen. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe besagen hierüber:

Indem in der Urkunde vom 16. Febr. 1864 für den später eingetretenen Fall, daß H. und D. durch „freiwillige Nachlaßerklärung" ihrerseits als „gekürzt" erscheinen, die Bezahlung der ganzen Forderung längstens binnen zwei Jahren versprochen worden ist, so wurde damit unzweideutig ausgedrückt, daß, wenn H. und D. einen Nachlaß von ihrer Forderung erklären, diese Nachlaßerklärung eine simulirte, der Nachlaß in Wahrheit nicht bewilligt sein, vielmehr die Forderung auch in dem nach der Erklärung nachgelassenen Betrage fortbestehen solle. Der Zweck dieser Simulation konnte nur der gewesen sein, die übrigen Gläubiger in die irrige Meinung, daß auch H. und D. mit ihrer Forderung dem Nachlaßvergleiche beitreten, zu versetzen, um durch diese Täuschung ihre Zustimmung zu demselben zu bewirken. Jene auf Täuschung berechnete Simulation war aber diesen Gläubigern gegenüber eine

rechtswidrige. Der zu Abwendung des Gantes geschlossene, die Forderung aller Gläubiger umfassende, Nachlaßvertrag hat selbstverständlich die Ernstlichkeit dieses Vertrages gegenüber von allen Gläubigern zur Voraussetzung. Ueberdieß ist in dem vorliegenden Falle der Wille der Gläubiger, daß keiner von ihnen vor den andern heimlich begünstigt werde, auch in dem Nachlaßvertrage ausgedrückt worden. Also erschien die bei diesem Vertrage vorgekommene, auf einer Vereinbarung mit dem Schuldner beruhende, Simulation zu Begünstigung der Kläger als eine rechtswidrige. Ob die Begünstigung durch die im Geheimen zugesagten weiteren Zuwendungen aus dem, nach dem Nachlaßvertrage an die Beklagten auszufolgenden, nach Ausführung des Vertrages übrig bleibenden Reste der Gantmasse, oder aus dem von dem Beklagten erst später zu erwerbenden Vermögen beabsichtigt gewesen, ist unerheblich. Nicht die Art der Begünstigung, sondern die, den übrigen Gläubigern verschwiegene Begünstigung des einen Gläubigers überhaupt begründet die Rechtswidrigkeit, also die Unzulässigkeit eines solchen Nebenvertrages. Zwar handelt es sich im vorliegenden Falle nicht von einer Klage gegen die übrigen Gläubiger, sondern von einer solchen des begünstigten Gläubigers gegen den Schuldner. Allein da die, jenen begünstigende geheime Nebenberedung rechtlich unzulässig ist und aus einem unzulässigen Rechtsgeschäfte kein Klagerecht auf Erfüllung desselben abgeleitet werden kann, so kann auch der begünstigte Gläubiger auf Grund dieses unzulässigen Rechtsgeschäftes nicht gegen den Schuldner auf Erfüllung klagen.[28]

Entscheidung des Obertribunals als Oberhandelsgericht vom 14. September 1869 in der Berufungssache H. u. D. c. M. M.

---

[28] Pfeifer, prakt. Ausführungen Bd. III, S. 24 ff., 47 ff.; Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung Bd. 1, S. 173, Bd. III, S. 9 ff., Bd. VII, S. 233; Schweppe, Konkurs S. 46; Sarwey, Monatschrift Bd. VI, S. 159; Württemb. Archiv Bd. III, S. 234.

11) Gegenseitige Erbunfähigkeit der Ehebruchskinder und ihrer Eltern.[29]

Es ist zwar eine im gemeinen Rechte bestrittene Frage, ob das von einem verheiratheten Manne mit einer ledigen Weibsperson oder Wittwe gezeugte Kind der mütterlichen Erbschaft unfähig sei?[30] Nach der ausdrücklichen Verordnung des Landrechtes Thl. IV. Tit. 18, §. 9 ist aber ein solches Kind erbunfähig sowohl an der väterlichen als mütterlichen Verlassenschaft. Das Landrecht wollte in dem Tit. 18 erschöpfende Bestimmungen darüber geben: „wie die Kinder, so nicht ehelich geboren, noch hernacher legitimirt worden, ihre Eltern beerben" und spricht in §. 9 aus, daß die „Kinder, so aus einer in kaiserlichen Rechten verdammten Geburt herkommen", worunter es ausdrücklich die im Ehebruch erzeugten Kinder begreift, aller väterlichen und mütterlichen Erschaft unfähig sein sollen. Zwar ist Eisengrein in seiner Relation zum vierten Theile des Landrechtes von der Ansicht ausgegangen, daß schon nach römischem Rechte jene Kinder, wie an dem väterlichen, so an dem mütterlichen Nachlaß nicht erbfähig seien, eine Ansicht, welche nach Maßgabe des im kanonischen Rechte aufgestellten Begriffes des Ehebruchs von mehreren Schriftstellern über das gemeine Recht, und insbesondere auch von württembergischen Rechtslehrern angenommen wurde.[31] Allein aus der Formulirung seines Gesetzesvorschlags, welcher unverändert von der Bebenhäuser Kommission angenommen wurde, ist ersichtlich, daß die Erbunfähigkeit durch das Gesetz ausgesprochen werden wollte,[32] wie denn

---

[29] vergl. dieses Archiv Bd. XI, S. 247.

[30] **Glück**, Intestaterbfolge §. 136; **Gett**, Rechtsverh. aus der unehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 252.

[31] Landrechtsakten S. 527, 610.

[32] **Lauterbach**, Coll. Pand. tom. II p. 1134 §. 20, p. 1141 §. 32; **Hofacker**, princ. tom II §. 1420; **Plebst**, D. ad jus. wurtt. ad. p. IV. tit. 18 §. 109.

auch die württembergischen Privatrechtslehrer einstimmig dieser Ansicht sind.[33]

Durch das Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Strafen vom 5. Sept. 1839 ist hievon eine Aenderung nicht eingetreten, vielmehr wurde nach den ständischen Verhandlungen der Antrag der zweiten Kammer, das bestehende Recht, welches die Erbunfähigkeit der im Ehebruch erzeugten Kinder rücksichtlich der väterlichen und mütterlichen Erbschaften ausspreche, zu mildern und die Regierung zu bitten, in einem Nachtrag zum vorliegenden Gesetze Bestimmungen über die Erbrechte der genannten Kinder zur Verabschiedung mitzutheilen, von der Kammer der Standesherren abgelehnt.[34]

Da nun nach bekannten Rechten nur diejenigen Ascendenten erbfähig sind, welche, wenn sie vor dem Descendenten gestorben wären, von diesem beerbt worden sein würden, so sind auch die Eltern eines im Ehebruch erzeugten Kindes von der Erbschaft des letzteren ausgeschlossen.[35]

Entscheidung vom 21. November 1865 in der Appellationssache De. c. A.

---

[33] Plebst, loco cit.; Besold, ad. jus. prov. wurtt. ad. p. IV. tit. 18 §. 69; Weishaar, württemb. Privatrecht Thl. II, §. 678 in Vergleichung mit §. 750; Reyscher, württ. Privatrecht Bd. III, §. 609, Note 10; Stein, Erbrecht, 2. Ausg., §. 254; Jeitter, Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bd. I, §. 363; Bolley, 33 Aufsätze S. 423, §. 14; derselbe, vermischte Aufsätze S. 113; Reinhardt, Komm. Bd. III, S. 191; Lauterbach, Coll. Pand. tom. II, p. 1134, §. 20; Hochstetter, annot p. III, §. 65; Einleitung p. 3, tit. XI, qu. 7; Wächter, die neuesten Fortschritte der Civilgesetzgebung in Württemberg im civil. Archiv Bd. XXIII, S. 108, Ziff. 8.

[34] Verhandlungen der 2ten Kammer II. Beil.-Heft S. 505 ff.; Protokoll XXVII S. 3; Prot. XX S. 27; II. Beil.-Heft S. 69, 237, 350, 463; Wächter, a. a. O. S. 109; Reyscher, a. a. O. §. 609, Note 10.

[35] Glück, a. a. O. §. 136; Weishaar, a. a. O. §. 682; Griesinger, Komm. Bd. IX, S. 863; Lauterbach, Coll. tom. II, p. 1141 u. 1147, §. 20, 40.

12) Formloser Widerruf eines Testamentes.

Die Zulässigkeit eines bloßen formlosen Widerrufes, im Gegensatz gegen den förmlichen Widerruf vor Gericht oder Zeugen, oder mittelst Zerstörung des Testamentes ist im Allgemeinen nicht zu beanstanden, nachdem sich selbst im gemeinen und jedenfalls im württ. Rechte Rechtslehrer und Praxis für diese Zulassung erklärt haben und besonders von dem Obertribunal ausgesprochen worden ist, es sei nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber nur denjenigen Handlungen, welche er im Landrecht Thl. III. Tit. 20, §. 3 als Fälle eines durch die That erklärten Widerrufes namentlich anführt, die Kraft eines solchen habe beilegen wollen; es sei vielmehr unzweifelhaft die Absicht des Gesetzes gewesen, überhaupt denjenigen Handlungen des Testirers, welche unverkennbare Beweise des veränderten Willens desselben enthalten, den gleichen Werth, wie einem ausdrücklichen Widerrufe beizulegen, und es seien daher die in §. 3 speziell genannten Handlungen nur als Beispiele solcher unzweideutiger Handlungen des Testirers anzusehen, welche für einen Widerruf gehalten werden sollen, ohne damit andere nicht namentlich aufgeführte, welche die Absicht des Widerrufes unzweideutig ausdrücken, auszuschließen.[36]

Entscheidung des Obertribunals vom 12. Sept. 1869 in der Berufungssache B. und Gen. c. K.'sche Ehefrau.

13) Die bloße Zurücknahme eines schriftlichen gerichtlichen Testamentes aus der gerichtlichen Verwahrung macht das Testament nicht ungiltig.

Die Frage, ob ein schriftliches gerichtliches Testament durch die bloße Thatsache der Zurücknahme desselben aus

[36] Glück, Komm. Bd. XXXVIII, S. 309—319; Hagemann, prakt. Erört. Bd. VII, S. 250—251; Lauterbach, disp. de test. jud. Nro. 133, §. 28, Ziff. 17; Cons. Tub. Tom. III. cons. 265; Hofacker, princ. jur. civ. Tom. II. §. 1274; Griesinger, Komm. Bd. VI, S. 474; Entscheidungen des Obertribunals vom 28. Mai 1827, 27. Juni 1843, 27. Juni 1846; vergl. auch württ. Archiv Bd. XII, S. 282 ff.

der gerichtlichen Verwahrung ungiltig werde, ist zwar im gemeinen und im württembergischen Rechte nicht unbestritten, sie muß aber zu Gunsten der Fortdauer der Giltigkeit entschieden werden, sobald man das Wesen des gemeinrechtlichen Testamentes und den genetischen Zusammenhang des württ. Landrechtes mit diesem in's Auge faßt.

Die ursprüngliche und im römischen Rechte lange Zeit einzige Form des ordentlichen gemeinrechtlichen Testamentes, nämlich das schriftliche oder mündliche Privattestament vor sieben Zeugen, beruht auf dem alleinigen Erforderniß, daß das Testament den Zeugen entweder mündlich eröffnet oder schriftlich vorgelegt und dieser Akt durch die Zeugen solennisirt werde, ohne daß über Art und Ort der Aufbewahrung irgend eine Vorschrift bestand. Erst im späteren römischen Rechte kam das in l. 19 Cod. (6, 23) beschriebene testamentum publicum hinzu, bei welchem das Gericht die Stelle der sieben Zeugen vertrat und welches durch die mündliche Erklärung des letzten Willens vor dem Gerichte und die Aufnahme eines gerichtlichen Protokolls hierüber zu Stande kam; hierin war der Akt der Testamentserrichtung gelegen, eine Vorschrift der Aufbewahrung desselben bei Gericht läßt sich nicht nachweisen. Als eine weitere Nachahmung des verschlossenen schriftlichen Privattestamentes vor sieben Zeugen wurde sodann durch Doktrin und Gewohnheitsrecht in Deutschland das sogenannte testamentum judici oblatum eingeführt, bei welchem das verschlossene schriftliche Testament anstatt der sieben Zeugen dem Gerichte zur Solennisirung vorgelegt und von diesem solennisirt wird, ohne daß sich auch bei diesem mit Grund behaupten oder nachweisen ließe, daß der Akt der Testamentserrichtung an etwas weiteres als diese Solennisirung, wie namentlich die gerichtliche Hinterlegung, gebunden wäre. Die meisten und die angesehensten Rechtslehrer älterer und neuerer Zeit sind über diese rechtliche Beschaffenheit der beiderlei gemeinrechtlichen gerichtlichen Testamente einig. Hienach wird angenommen, daß die

Giltigkeit eines gerichtlichen Testamentes lediglich in dem gerichtlichen Glauben (fides judicialis), unter welchem es errichtet wird, liegt und daß die Errichtung nur den Testamentsakt (actum condendi testamentum), nämlich die Ueberreichung und Anerkennung seiten des Testirers und die Aufnahme des gerichtlichen Protokolls und beziehungsweise die gerichtliche Siegelung begreift, daß deßwegen das Deponirtsein und Deponirtbleiben des so errichteten Testamentes bei dem Gerichte ebensowenig, wie bei der Errichtung eines Testamentes vor sieben Zeugen oder vor Notar und Zeugen, zum Wesen der Errichtung gehört, weil diese im Augenblicke der Deponirung bereits vollendet war und die Giltigkeit somit nicht erst von der gerichtlichen Aufbewahrung abhängen kann, daß daher auch das gerichtliche Testament durch die Zurücknahme aus dem gerichtlichen Depositorium ebenso, wie ein solennisirtes Privattestament, welches bei Gericht hinterlegt ist und nachher wieder zurückgenommen wird, nur die Kraft einer archivalischen Urkunde, nicht aber seine selbstständige Natur, seine Kraft und Giltigkeit verlieren kann, vorausgesetzt nur, daß es noch die Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung an sich führt.[37] Was nun aber das Landrecht Theil III Tit. 3, §. 5, 6 über das schriftliche gerichtliche Testament bestimmte, ist nichts Anderes als die Aufnahme des vorerwähnten deutschrechtlichen verschlossenen schriftlichen Testamentes vor Gericht in das württemb. Partikularrecht,

---

[37] Overbeck, medit. Tom. I. Nro. 1; Pufendorf, observ. tom. III. obs. 153; Lauterbach, disp. de test. judic. 1653, Nro. 153, §. 28, Ziff. 9 ff. (Tom. III. p. 889); Hofacker, princ. jur. civ. tom. II, §. 1274, 1365; Hagemann, prakt. Erört. Bd. VII, S. 249; Spangenberg, im civ. Archiv Bd. V, S. 171; Madihn, Miscell. Bd. I, S. 102; Zangen, Beiträge z. deutschen Recht S. 251; Thibaut, Pand. 8. Ausg., §. 831; Mühlenbruch in Glück's Komm. Bd. XXXIV, S. 218 ff., Bd. XXXVIII S. 302 bis 305; Holzschuher, Theorie und Kas. Bd. II, S. 737, 848, 849; Vangerow, Pand. Bd. II, S. 244, 245; Sintenis, Civilrecht Bd. III, §. 168, Note 8, S. 358, §. 179, Note 35.

wozu es noch einige auf das Detail bezügliche Präzisirungen hinzufügte, unter denen auch die begriffen sind, daß nach §. 5 der Testirer in seine an das Gericht zu stellende Bitte das Gesuch um gerichtliche Verwahrung des Testamentes bis nach seinem Tode aufzunehmen habe. Das Landrecht hat also im Allgemeinen nicht etwas Neues, Selbstgeschaffenes aufgestellt, welches aus sich selbst zu interpretiren wäre, sondern ein bereits bestehendes Rechtsinstitut rezipirt, nach dessen Grundsätzen es zu verstehen ist, und es fragt sich nur, ob etwa durch den vorangeführten Zusatz zu der Bitte des Testirers die gemeinrechtliche Form in einem die Giltigkeit wesentlich bedingenden Punkte abgeändert werden wollte. Erwägt man nun, daß das Landrecht im Eingange zu dem Tit. 3 über die Testamentsformen den Satz an die Spitze stellt, daß die Testirenden zu den Solennitäten und Zierlichkeiten des gemeinen Rechtes nicht verbunden sein sollen, sondern nach andern ringern Formen testiren mögen und daß die „nachstehenden" solche ringeren Formen sein sollen, daß somit das Landrecht einfachere Testamentsformen als die des gemeinen Rechtes aufstellen wollte, die Anbedingung bleibender gerichtlicher Verwahrung eines Testamentes der zweiten Form aber eine wesentlich vermehrte Solennität gegenüber dem gemeinen Rechte wäre, so ist es schon hienach nicht wahrscheinlich, daß die in der Bitte des Testirers zu erwähnende bleibende Aufbewahrung zur Bedingung für die Giltigkeit des Testamentes gemacht werden wollte. Erwägt man ferner, daß das Vorschreiben einer Bitte um bleibende Aufbewahrung noch keineswegs schlüssig ist für die Nothwendigkeit der bleibenden Aufbewahrung, die letztere also aus jener Vorschrift noch nicht folgt und die Aufnahme jener Bitte in das Landrecht ganz wohl daraus erklärbar ist, daß sie erfahrungsgemäß für die Regel den Absichten der Testirer entspricht und deßhalb als „angemessen" in die allgemeine Form aufgenommen werden konnte, ohne damit der erbetenen

Aufbewahrung eine wesentliche Bedeutung beilegen zu wollen, daß es daher als etwas sich nicht von selbst Verstehendes und als eine Abänderung des gemeinen Rechtes ausdrücklich oder doch in unzweifelhaft erkennbarer Weise hätte ausgesprochen werden müssen, wenn die Giltigkeit des Testamentes davon hätte abhängen sollen, während der §. 6 des Landrechtes, der die Obliegenheit des Gerichtes bei dieser Testamentsform aufzählt, dieser bleibenden Aufbewahrung gar nicht einmal erwähnte; — erwägt man endlich, daß weder aus den Vorschriften des Landrechtes über das mündliche gerichtliche Testament, noch aus denjenigen über die dritte Testamentsform ein analoger Schluß hieher gezogen werden darf,[38] so entbehrt man jeden sichern Anhaltspunktes für die Annahme, daß durch die Bestimmung des Landrechtes die bleibende gerichtliche Verwahrung eines solchen Testamentes habe angeordnet und für wesentlich erklärt werden wollen. Es ist daher nicht einzusehen, wie sich mit Griesinger[39] für die Nothwendigkeit dieser Aufbewahrung im Uebrigen noch darauf berufen werden will, „weil ohne diese Aufbewahrung die ganze Kraft und Glaubwürdigkeit eines gerichtlichen Testamentes dahin falle", da, wie bereits gezeigt, die rechtliche Kraft des gerichtlichen Testamentes schon vor der gerichtlichen Aufbewahrung entsteht und seine Glaubwürdigkeit nicht an den Ort seiner Verwahrung, sondern an seine unversehrte Erhaltung geknüpft ist. — Nur wenn das Landrecht bestimmt hätte, daß ein Privataufsatz durch „die bloße Niederlegung" bei der Behörde (ohne allen Solennisationsakt) die Kraft einer förmlichen letzten Willensverordnung erhalte, würde mit der Zurücknahme des Aufsatzes eine sofortige Vernichtung als Testament eintreten, sofern das, was als Surrogat der Testamentshandlung fingirt ist, hiedurch

---

[38] vergl. Boscher, Zeitschrift für freiw. Gerichtsbarkeit von 1862, S. 137 Note; Reinhardt, Komm. Thl. III, S. 26.

[39] Griesinger, Komm. Bd. V, S. 44—45; Bd. VI, S. 477.

wieder wegfiele.[40] Da aber das Landrecht vielmehr eine vollständige Solennisationshandlung eintreten läßt, welche, auch wenn das Testament aus der gerichtlichen Verwahrung zurückgenommen wird, bestehen bleibt, so kann bei ihm von jener vernichtenden Wirkung der Zurücknahme nicht die Rede sein.

In dieser Weise und aus gleichen Gründen ist das Recht des Testirers, sein gerichtliches Testament unbeschadet seiner Giltigkeit aus der gerichtlichen Verwahrung wieder zu sich zu nehmen, nicht bloß für das gemeine Recht schon im Jahre 1651 unter Berufung auf mehrfache ältere Präjudizien, sondern auch gegenüber der Vorschrift des Landrechtes schon im Jahre 1630, also nicht lange nach Erlassung des dritten Landrechtes, von der Juristenfakultät in Tübingen, gleichwie von älteren württembergischen Rechtslehrern, anerkannt worden.[41]

Entscheidung des Obertribunals vom 12. September 1869 in der Berufungssache B. u. Gen. c. K.'sche Ehefrau.[42]

14) Aufrechthaltung eines in der vom Testator zunächst beabsichtigten Form ungiltigen Testamentes, wenn dasselbe einer andern gesetzlichen Testamentsform entspricht.[43]

Das von der Wittwe des Bäckers Sch. zu W. errichtete Testament wurde nach ihrem Tode aus verschiede-

---

[40] **Glück**, Komm. Bd. XXXVIII, S. 302—305; **Holzschuher**, a. a. O. Bd. II, S. 849; **Heimbach**, Rechtslex. Bd. X, S. 945.

[41] Cons. Tub. tom. III. cons. 265, §. 18—20 (v. 1651); **Besold**, Cons. Tub. Tom. IV, cons. 144 (v. 1630); **Lauterbach**, disp. de test. jud. (v. 1653) Nro. 133 §. 28 Ziff. 9—17 (Tom. III, p. 889); **Hofacker**, princ. jur. civ. Tom. II, §. 1274 (v. 1794).

[42] Während des Druckes ist die Veröffentlichung obiger Entscheidung auch in **Boscher**, Zeitschr. für die freiw. Gerichtsbarkeit Jahrg. 1869 Nro. 10 S. 289 ff. erfolgt, wo auch die entgegenstehende Entscheidung des Gerichtshofes zu **Rottweil** abgedruckt ist.

[43] Dieses Archiv Bd. XI S. 104 ff.

nen Gründen als ungiltig angegriffen. Unter Anderem wurde geltend gemacht, daß die ausgesprochene Absicht der Testirerin auf Errichtung eines schriftlichen Testamentes gegangen sei, somit nur in Frage stehe, ob die Formen eines solchen eingehalten seien, da, wenn auch den für ein mündliches Testament gegebenen Vorschriften genügt sein sollte, bei der ausgesprochenen Absicht der Errichtung eines schriftlichen Testamentes dasselbe nicht als mündliches aufrecht erhalten werden könne. Von dem Obertribunal wurde jedoch das Testament, da solches den Erfordernissen eines gemeinrechtlichen mündlichen Testamentes entsprach, als solches aufrecht erhalten, indem angenommen wurde, daß aus dem ganzen Vorgange der Testamentserrichtung erhelle, daß die Testirerin mündlich habe testiren wollen, ohne die Form des schriftlichen Testamentes auszuschließen, und daher aus den auf die Absicht der Errichtung eines schriftlichen Testamentes hinweisenden Handlungen nur so viel sich folgern lasse, daß das Testament, falls es als mündliches nicht gelten könnte, als schriftliches aufrecht erhalten werden sollte.[44] Jedenfalls, ist weiter gesagt, sei von der rechtsunkundigen Testirerin anzunehmen, daß sie keine bestimmte Form ausschließlich im Auge gehabt habe, sondern eben ihr Testament in rechtsgiltiger Weise habe errichten wollen, für welchen Fall die Doktrin und Praxis das Testament als giltig erkläre, wenn es überhaupt nur in der einen oder in der andern Form bestehen könne.[45]

Entscheidung des Obertribunals vom 22. April 1870 in der Appellationssache B. c. B.

---

[44] l. 3 D. de test. mil. (29, 1); Puchta, Handb. des gerichtl. Verfahrens, Bd. II §. 246 a. E. S. 275.

[45] Glück, Komm. Bd. XXXIII S. 331; Mühlenbruch in der Fors. Bd. XXXV S. 29 ff.; Windscheid, Pand. Bd. I §. 82 Ziff. 5, Bd. III §. 541 Note 3; Seuffert, Archiv Bd. I N. 95, Bd. VII N. 199, Bd. XIII N. 152, Bd. XVII N. 148, Bd. XX N. 144; Kübel in diesem Archiv Bd. XI S. 104; Griesinger, Komm. Bd. V S. 8.

B. Handelsrecht.

15) Erfüllungsort bei Lieferungsverträgen.

Nach Art. 324 und 342 des Handelsgesetzbuches gilt als Erfüllungsort beim Kauf, wie bei anderen Handelsgeschäften derjenige Ort, an welchem der Verpflichtete zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermanglung seinen Wohnort hat, es wäre denn, daß die Kontrahenten einen andern Erfüllungsort ausdrücklich oder stillschweigend verabredet hätten. Letzteres wurde in einem Falle behauptet, in welchem die Gebr. B. von B. in der Schweiz an die mechanische Weberei U. zu U. auf der Börse zu Stuttgart am 4. Mai 1868 4000 fl. Baumwollengarn „lieferbar vom 15. Mai bis 15. Juni franko Waldshut verzollt" verkauft hatten. Gegen die Annahme, daß hiemit Waldshut als Erfüllungsort verabredet worden, wurde ausgeführt:

In der erwähnten Vertragsbestimmung liege nur die Verabredung, es sollen die Verkäufer den Zoll für die Waare an der nächstgelegenen Zollstation Waldshut entrichten und die Kosten der Versendung dorthin tragen, eine Verabredung, die für sich allein nach Art. 345 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches den Schluß nicht rechtfertige, daß Waldshut für die Verkäufer als Ort der Erfüllung gelten solle. Denn die nächstliegende Auslegung der Worte „lieferbar franko an einen gewissen Ort" sei die, daß der Verkäufer die Kosten der Versendung an diesen Ort zu übernehmen habe, indem es sprachlich einerlei sei, ob der Verkäufer sich verpflichte, franko, d. h. kostenfrei an einen bestimmten Ort zu liefern, oder ob er sich verpflichte, die Kosten der Lieferung an diesen Ort zu tragen.[46] Zum

[46] Jahrbücher der Dogmatik Bd. IV, S. 430; vergl. Hahn, Kommentar Bd. II, S. 220; Thöl, Handelsrecht Bd. I, S. 443. In der Sitzung der Kommission zu Berathung des deutschen Handelsgesetzbuches vom 12. Febr. 1858 wollte der Referent unterscheiden, ob der Verkäufer die kostenfreie Zusendung der Waare

mindesten könne diese Auslegung der Uebereinkunft gegeben werden und sei man keineswegs genöthigt, die fraglichen Worte, wie dieß schon geschehen,[47] dahin auszulegen, daß der Ort, an welchen die Sendung frankirt werden solle, zugleich als Erfüllungsort für den Verkäufer festgesetzt werde. Daß aber ein Handelsgebrauch existire, wonach den gedachten Worten diese letzterwähnte, weiter gehende Bedeutung beizulegen sei,[48] werde sich mit Grund nicht behaupten lassen. Hieran ändere auch der Umstand Nichts, daß im vorliegenden Falle nicht bloß „franko Waldshut", sondern auch „Waldshut verzollt" zu liefern gewesen, indem die letzteren Worte nichts Anderes besagen, als daß die Verkäufer die Verzollung in Waldshut besorgen und den Betrag des Zolles entrichten sollen.

---

an einen bestimmten Ort oder nur die Zahlung der Fracht übernommen habe. Im ersteren Falle, den er beim Gebrauche der Worte „franco loco" als vorliegend erachtete, sollte die Gefahr bis zur Ablieferung den Verkäufer treffen, im letzteren Falle nicht. Sein dießfallsiger Antrag wurde zwar zunächst durch den Stichentscheid des Präsidenten angenommen, der weitere Antrag aber, den Ausdruck „franco loco" in Parenthese beizufügen, mit 9 gegen 7 Stimmen abgelehnt und schließlich die Streichung des ganzen beantragten Artikels mit dem gleichen Stimmenverhältniß beschlossen (Protokolle S. 1382—1383). In der Sitzung vom 15. Febr. 1858 wurde dagegen bemerkt, es komme eben hinsichtlich der Gefahr der Versendung darauf an, an welchem Orte nach Inhalt oder Sinn des Kaufkontraktes der Verkäufer zu erfüllen habe. Die bisherigen Schwierigkeiten seien dadurch entstanden, daß man äußere Erkennungszeichen (kostenfreie Uebersendung u. dergl.) an die Spitze gestellt habe, wobei sich dann ergeben habe, daß sie nicht in allen Verhältnissen paßten. Wolle man in Bezug auf äußere Merkmale etwas hinzufügen, so könne man sagen, daß durch Uebernahme von Versendungskosten durch die Verkäufer, da Verzichte streng zu interpretiren seien, der kontraktliche Erfüllungsort nicht abgeändert werde. Es wurde deßhalb im Wesentlichen die jetzige Fassung des Art. 345 Abs. 2 beantragt und angenommen (Protokolle S. 1387–1389).

[47] Busch, Archiv Bd. II, S. 18; Bd. XI, S. 259; Bd. XII, S. 194; Bd. XIV, S. 91.

[48] vergl. Busch, Archiv Bd. II, S. 182.

Das höchste Gericht war anderer Ansicht und es ist in den Entscheidungsgründen zu dessen Urtheil hierüber gesagt:

Indem die Parteien verabredeten, es sei „franko verzollt Waldshut" zu liefern, haben sie Waldshut als Erfüllungsort für die Verbindlichkeiten der Verkäufer festgesetzt. Denn es haben hienach die Verkäufer nicht blos die Verbindlichkeit übernommen, die zu liefernde Waare der Eisenbahn zu übergeben, sondern sie auch an der Zollstation Waldshut zu verzollen, und bestand die letztere Obliegenheit nicht blos in der Bezahlung des Zolles, sondern auch in der richtigen Deklarirung der zu verzollenden Waare, somit in einer Handlung', welche die Verkäufer nirgends anders als in Waldhut vernehmen konnten, gleichviel ob sie dieselbe in Person oder durch einen Stellvertreter, sei dieß ein Spediteur oder die Eisenbahn, vornehmen. Es leidet daher die Auslegungsregel des Art. 345 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches, welcher nur von Uebernahme der Kosten oder Auslagen der Versendung spricht, keine Anwendung. Daß das Verlangen der Käufer, eine verzollte Waare zu erhalten, auf die Festsetzung des Kaufpreises bei der mündlichen Vertragsberedung von Einfluß war, ist nicht zu bezweifeln. Gerade daraus aber, daß sich die Verkäufer zu Lieferung einer verzollten Waare verpflichtet haben, folgt, daß der Ort, an welchem die Verzollung vorzunehmen war, der Erfüllungsort für sie sein sollte.

Entscheidung des Obertribunals als Oberhandelsgericht vom 23. April 1869 in der Berufungssache der mechanischen Weberei U. zu U. c. Gebrüder B. von B. in der Schweiz.

16) Der für die Schadenersatzklage wegen Verzuges des Verkäufers nach Handelsrecht entscheidende Zeitpunkt.

Im Falle des Verzuges des Verkäufers hat der Käufer nach dem Art. 355 des Handelsgesetzbuches die Wahl,

ob er die Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder vom Vertrage abgehen will. Wählt der Käufer statt der Erfüllung die Schadenersatzforderung, so spricht er hiemit aus, daß er die Waare, die Vertragserfüllung, nicht wolle. Wenn er die Waare aber gar nicht haben will, so ergibt sich hieraus, daß er Ersatzansprüche daraus, daß er die Waare nach der Erfüllungszeit auch weiterhin nicht gehabt habe, z. B. weil ihr Preis nach jener Zeit stieg, nicht erheben, sondern nur den Schaden zur Erfüllungszeit geltend machen kann. Es stand in seiner Wahl, sich den Besitz der Waare und im Falle ihres Steigens im Preise durch jenen auch diesen Vortheil zu verschaffen. Hat er sich nicht hiefür entschieden, so kann er nach getroffener Wahl nicht befugt sein, die Vortheile, welche mit seinem Besitze verbunden gewesen wären und ihm lediglich durch seine eigene Handlung und Entscheidung entgangen sind, dennoch für sich in Anspruch zu nehmen. Mit seiner Entscheidung hat er sich derselben begeben und an dieser nothwendigen, schon mit der Wahl eintretenden Folge jenes Wahlrechtes kann der Umstand, daß der Käufer, wenn er sich für die Schadenersatzforderung entschieden hat, gemäß dem Art. 356 des Handelsgesetzbuches dem Verkäufer noch eine angemessene nicht zu lange Frist zur Nachleistung zu gewähren hat, um so weniger etwas ändern, als der Käufer zur Zeit, als er seine Wahl traf, sich in der Lage befunden hat, diesen Umstand in Rechnung zu nehmen.

Von dieser Anschauung ist man in der Nürnberger Konferenz bei Feststellung der Art. 354 ff. des Handelsgesetzbuches ausgegangen. Es wurde namentlich geltend gemacht, es sei in des Käufers Wahl gestanden, auf der nachträglichen Leistung zu bestehen, und der andere Kontrahent könne nicht angehalten werden, dem Käufer einen Schaden zu ersetzen, den er durch seine eigene Wahl er-

leide.[49] Hienach entscheidet bezüglich solcher Schadenersatz-forderungen die Erfüllungszeit und nicht ein späterer Zeitpunkt.

Bei Ermittlung des Schadens wegen Nichterfüllung ist schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen der ordentliche Werth der Sache, die zu leisten war, d. h. der Preis, um welchen sie im Verkehre käuflich ist, für die Regel maßgebend. Hievon als Regel geht auch das Handelsgesetzbuch aus (Art. 357). Regelmäßig besteht daher in Ansehung der durch den Art. 355 des Handelsgesetzbuches dem Käufer gestatteten Schadenersatzforderung die zu leistende Entschädigung in dem Unterschiede zwischen dem Markt- und Kaufpreise. Allein hiemit ist die Geltendmachung eines erweislich höheren Interesses (Handelsgesetzbuch Art. 357 Abs. 3 letzter Satz) insbesondere wegen eines zu höherem Preise erfolgten Weiterverkaufes der Waare nicht ausgeschlossen.[50]

Entscheidung des Obertribunals als Oberhandelsgericht vom 27. April 1869 in der Berufungssache M. c. B. u. Cie.

C. Wechselrecht.

17) Bewirkung der Fälligkeit eines domizilirten Sichtwechsels mit benanntem Domiziliaten.

Die Fälligkeit eines domizilirten Sichtwechsels mit benanntem Domiziliaten kann nur dadurch bewirkt werden, daß er dem benannten Domiziliaten am Zahlungsorte zur Zahlung vorgezeigt wird. Denn als Sichtwechsel wird er durch die Vorzeigung zur Zahlung, d. h. mit der Aufforderung Zahlung zu leisten, fällig. Wenn der Art. 31 der Wechselordnung bestimmt, ein auf Sicht gestellter Wechsel

---

[49] Konferenz-Protokolle S. 4596; zu vergl. auch Archiv für Wechselrecht Bd. XIII, S. 120—121; Auerbach, das neue Handelsgesetzbuch II. Abtheil. S. 81; Krämel, Handelsgesetzbuch S. 473; Koch, Kommentar S. 357, N. 44.

[50] Auerbach, a. a. O. II. Abth. S. 81; Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. XIII, S. 121, N. 11.

sei bei der Vorzeigung fällig, so kann hierunter nur die Vorzeigung zur Zahlung verstanden werden.[51] Wird der Wechsel zu einem andern Zwecke z. B. zur Vergewisserung über die Aechtheit der Unterschriften oder zur Annahme dem Bezogenen vorgelegt, so tritt hiedurch seine Fälligkeit nicht ein. Es hat vielmehr die Präsentation zur Annahme und die Annahme nur die Wirkung, daß nunmehr der Bezogene selbst wechselmäßig dafür haftet, daß er den Wechsel zur Verfallzeit d. h. sobald er ihm vom Inhaber zur Zahlung vorgelegt werde, auch bezahlen werde.[52] Daraus, daß die Wechselordnung der Annahme von Wechseln auf Sicht nicht erwähnt, folgt nicht, daß er dieselbe habe ausschließen oder ihr eine andere Wirkung als die gewöhnliche der Wechselacceptation habe beilegen wollen, und ebensowenig folgt dieß aus den Bestimmungen der Wechselordnung über die Wirkung der Annahme von Wechseln nach Sicht. Als domizilirter Wechsel sodann muß derselbe nach Art. 43 der Wechselordnung an demjenigen Orte, wohin er domizilirt ist, dem benannten Domiziliaten zur Zahlung vorgezeigt werden, weil dieser es ist, welcher nach Inhalt des Wechsels die Zahlung für den Bezogenen an dem gedachten Orte leisten soll. Aus dem gleichen Grunde ist auch im Falle der Nichtzahlung der Wechsel gegen den Domiziliaten zu protestiren, und zwar gleich viel ob der Wechselinhaber der Domiziliat oder ein Dritter ist.[53]

Entscheidung des Obertribunals als Oberhandelsgericht vom 9. Juli 1869 in der Nichtigkeitsklagsache K. c. H.

18) Beweis des Zeitpunktes der Ausstellung und Acceptation eines Wechsels.

Privaturkunden, welche einen rechtlichen Dispositionsakt des Ausstellers enthalten, liefern gegen Dritte einen

---

[51] Thöl, Wechselrecht, 2. Aufl. S. 145; Renaud, Wechselrecht S. 67, 68; vergl. württ. Archiv Bd. III, S. 425, Bd. V, S. 254, Bd. IX, S. 366.

[52] Thöl, a. a. O.; Borchardt, Wechselordnung, 3. Aufl., S. 138, Note 187; Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. XVII, S. 167.

[53] vergl. württ. Archiv Bd. II, S. 515, Bd. V, S. 59 ff., 91 ff.

vollen Beweis nur in Absicht auf die Existenz und den Inhalt der Disposition, nicht auch in Absicht auf die außerhalb der Disposition liegende Angabe der Ausstellungszeit.[54] Dieser Grundsatz muß auch auf Wechsel und zwar nicht nur auf die Wechselerklärung des Acceptanten, welche der Datirung nicht bedarf, sondern auch auf die Wechselerklärung des Ausstellers angewendet werden. Denn daraus, daß die Angabe des Tages und Jahres der Ausstellung zu den wesentlichen Erfordernissen des Wechsels gehört, folgt nur, daß der Wechsel, um eine wechselmäßige Verbindlichkeit zu begründen, mit einem Datum versehen sein muß, nicht aber, daß das gewählte Datum das richtige sei und daß dem Datum eines Wechsels gegenüber von dritten Personen mehr Beweiskraft zukomme, als dem Datum einer andern Privaturkunde. Das einem Wechsel beigesetzte Datum reicht daher für sich zum Beweise der Zeit seiner Ausstellung nicht aus.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Dezember 1869 in der Appellationssache N. c. H. u. S.

19) Korrektur der Jahreszahl in einem Wechsel.

In einem am 22. November 1863 ausgestellten Wechsel war die dem Zahlungstage (1. April) beigesetzte Jahreszahl 1863 in die Zahl 1864 umgeändert worden. Auf Grund dessen wurde behauptet, daß es dem Wechsel an

---

[54] Wezell, Civilprozeß, 2. Aufl., S. 196, Note 8, vergl. S. 176 Note 20; Bayer, Civilprozeß, 8. Aufl., S. 844 ff.; Endemann, die Beweislehre des Civilprozesses S. 391 ff.; derselbe, Civilprozeß S. 749 Note 10; Strippelmann, Beweis durch Schrifturkunden Bd. II, S. 127, 138; Vangerow, Pand. Bd. I, §. 387; Seuffert, Archiv Bd. IX, Nro. 343, Bd. X, Nro. 96, Bd. XII, Nro. 97, Bd. XIII, Nro. 193, Bd. XXI, Nro. 86 (vergl. Bd. III, Nro. 397, Bd. V, Nro. 244, Bd. XVIII, Nro. 63, Bd. XXII, Nro. 92); Seuffert, Blätter für Rechtsanw. Bd. XVIII, S. 161 ff., S. 177 ff., Bd. XXI, S. 85. Vergl. auch württ. Civilprozeßordnung Art. 529 mit den Motiven zum Art. 533 des Entwurfes — die neue Justizgesetzgebung Bd. II, Abth. 3, S. 138, 139 — und dem Kommissionsberichte — ebendas. Bd. II, Abth. 2, S. 306.

dem Erforderniß der gehörigen Bestimmtheit der Zahlungszeit fehle, insofern jene Korrektur es zweifelhaft mache, ob der Acceptant zu einer Zahlung auf den 1. April 1863 oder auf den 1. April 1864 sich habe verpflichten wollen. Diese Einwendung wurde als unbegründet verworfen. Denn, sagen die Entscheidungsgründe, da der Wechsel, sowie das darauf befindliche Accept vom 22. November 1863 datirt ist, so konnte die Zahlungszeit nicht auf den 1. April 1863 festgesetzt werden. Die Veränderung der Zahl 1863 in die Zahl 1864 stellt sich also nur als die Verbesserung eines augenscheinlichen Schreibfehlers dar und ist deßhalb nicht geeignet, den die Zahlungszeit betreffenden Inhalt des Wechsels zweifelhaft zu machen.[55] Die Korrektur scheint auch nach der Beschaffenheit der Tinte gleichzeitig mit der Ausstellung und der Acceptation des Wechsels erfolgt zu sein. Wäre sie aber auch erst nach der Acceptation von dem Aussteller vorgenommen worden, so wäre dieß gleichgiltig, da nicht behauptet ist, daß dieselbe dem Inhalt der zwischen dem Aussteller und dem Acceptanten getroffenen Vereinbarung widerspreche.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Dezember 1869 in der Appellationssache N. c. H. und S.

D. Versicherungswesen.

20. Klage aus einem Lebensversicherungsvertrage; Beweislast, wenn die Versicherungssumme wegen Selbstentleibung des Versicherten nicht ausbezahlt werden will.

Der mit 400 Thlr. bei der Lebensversicherungsgesellschaft Teutonia in Leipzig versicherte Schneider N. in E. wurde ertrunken aus dem Neckar gezogen. Auf Grund dieser Thatsache wurde der Klage auf Ausbezahlung der Versicherungssumme der Einwand entgegengehalten, daß

---

[55] Archiv für d. Wechselrecht Bd. IX S. 74; Wächter, Wechselrecht des norddeutschen Bundes S. 231; derselbe, Wechsellehre S. 161, 594.

der Anspruch wegen Selbstentleibung des Versicherten erloschen sei.

Dieser Einwand wurde als von der beklagten Versicherungsgesellschaft zu beweisende Einrede,[56] die weitere Aufstellung aber, daß der Versicherte jedenfalls im unzurechnungsfähigen Zustande Hand an sein Leben gelegt habe und darum diese Handlung als eine im unfreien Zustande begangene die Verpflichtung der beklagten Gesellschaft nicht aufhebe, als von den Klägern zu beweisende Replik bezeichnet.[57]

Der Beweis der Selbstentleibung wurde im vorliegenden Falle als hergestellt angenommen, die Replik aber als thatsächlich nicht gehörig begründet erfunden, und konnte damit die bestrittene Frage dahingestellt gestellt bleiben, ob jede Selbstentleibung des Versicherten die Zahlungspflicht der versichernden Gesellschaft aufhebe, oder ob solche bestehen bleibe, wenn die That, welche den Tod herbeigeführt, Folge einer die freie Selbstbestimmung ausschließenden Geisteskrankheit gewesen ist.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 26. Mai 1868 in Sachen R. gegen Teutonia in Leipzig.

Aus der Praxis eines Gerichtshofes.

Wechselprotest.

(Zu Art. 88 Ziff. 3 der allg. deutschen W.O.)

Borchardt, die allg. deutsche Wechselordnung führt zu Art. 88 Ziff. 3 für den Satz, daß die Präsentation

---

[56] Mittermaier, Deutsches Privatrecht, 6. Aufl., S. 86 N. 14; Walther, Deutsches Privatrecht S. 432; Motive zum preuß. Entwurf eines Handelsgesetzbuches zu Art. 337 S. 189; insbesondere Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 912: Protok. der Kommission S. 3271, 3272.

[57] cfr. insbesondere Dresdener Entwurf Art. 912 und Protokoll a. a. O.

des Wechsels und das an den Wechselschuldner zu richtende „Begehren" in der Protesturkunde nicht nothwendig mit ausdrücklichen Worten erwähnt sein müssen, sondern es genüge, wenn beides nur deutlich ausgesprochen sei, zwei Präjudizien an. In beiden Fällen war lediglich ausgedrückt, daß der Notar sich in das Geschäftslokal oder die Wohnung des Wechselschuldners in der Absicht, den Wechsel zur Zahlung zu präsentiren, begeben habe, und daß der Schuldner erklärt habe, (den Wechsel) nicht zahlen zu können. Noch etwas weiter geht eine Entscheidung des Kreisgerichtshofes in Tübingen. Die Protesturkunde besagte: der Notar habe sich zum Trassaten „begeben, um „demselben den Wechsel zur Zahlung vorzuzeigen. Derselbe erwiederte mir aber, er anerkenne diesen Wechsel „nicht. Da sonach die Zahlung nicht erfolgte" u. s. w. Erhobener Einwendung unerachtet wurde der Protest für genügend erachtet aus folgenden Gründen: Indem in der Urkunde, nachdem die Absicht, dem Trassaten den Wechsel zur Zahlung vorzuzeigen, ausgesprochen ist, fortgefahren wird: derselbe habe **aber** dem Notar erwiedert u. s. w., ist zur Genüge ausgedrückt, daß die zuvor bekundete Absicht auch verwirklicht, das Begehren der Zahlung an den Trassaten gestellt worden ist. Denn wenn gleich in der Erklärung des Letzteren nur von Nichtanerkennung des Wechsels, nicht von Verweigerung der Zahlung die Rede ist, so läßt doch der Gegensatz, in welcher die Erklärung des Trassaten an den Notar gegen das Vorhaben eben dieses Beamten gesetzt ist, keine andere Deutung zu, als daß diese Erwiederung auf ein jenem Vorhaben entsprechendes Begehren erfolgt sei. Unterstützt wird dieß überdieß dadurch, daß weiter beurkundet ist, daß sonach die Zahlung nicht erfolgt sei.

Entscheidung des K. Gerichtshofes in Tübingen vom 14. Mai 1869 in Sachen A. Sch. in St. c. G. E. in R.

(v. H.)

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Gibt es Sondereigenthum (dominium divisum) an einzelnen Stockwerken oder einzelnen Gelassen eines Hauses?

(Von Herrn Professor Dr. Mandry in Tübingen.)

In diesem Archive (Bd. XII S. 329) ist ein Plenarbeschluß des K. Obertribunals vom 22. Januar 1869 mitgetheilt, der die in der Ueberschrift enthaltene Frage bejahend beantwortet. Trotz seiner eingehenden und gründlichen Motivirung legt derselbe dennoch etliche Bedenken nahe. Es mag gestattet sein, denselben hier Ausdruck zu geben. Denn einmal scheint durch die These des Plenarbeschlusses die prinzipielle Richtigkeit und Konsequenz des einheimischen Rechtes in Frage gestellt zu sein; deren möglichste Wahrung und Erhaltung aber ist allerdings von Interesse. Und weiterhin möchte die Auffassung des K. Obertribunals, wenn auch vielleicht nicht nach derjenigen Richtung hin, die bei dem Beschlusse in Frage gestanden ist, so doch nach anderen Seiten hin auf Inkonsequenzen führen, die auch der Praxis Schwierigkeiten bieten könnten.

I.

Der Satz, welchen der Plenarbeschluß direkt konstatiren will, geht dahin, es sei in Württemberg rechtlich möglich, Gebäude in horizontaler Richtung — nach Stockwerken und einzelnen Gelassen — zu theilen und zwar zu theilen mit der Wirkung einer realen Theilung, d. h. mit der Wirkung, daß der einzelne Betheiligte nicht berechtigt

sei, eine erneute Theilung des Gebäudes beziehungsweise einen solche vertretenden Verkauf gegen den Willen des anderen Betheiligten zu erzwingen.

Der Satz wird nun zunächst gestützt auf die Thatsache, daß derartige Theilungen und zwar in der Absicht einer definitiven Abtheilung in Württemberg häufig genug vorkommen, sei es gelegentlich der Auseinandersetzung einer Eigenthumsgemeinschaft (communio pro indiviso) an einem Gebäude, sei es durch partielle Veräußerung des bis dahin im Alleineigenthum stehenden Gebäudes. Diese Thatsache ist unbestreitbar, und es ist sicherlich die Berücksichtigung derselben und der Versuch, den rechtlichen Gehalt der durch solche Theilungen begründeten Verhältnisse zu erheben und zur Geltung zu bringen, vollständig gerechtfertigt.

Weiterhin wird dann die Frage aufgeworfen: ob eine solche Theilung nach den allgemeinen in Württemberg geltenden Rechtsgrundsätzen — die mit den Sätzen des gemeinen Rechtes übereinstimmen — die angeführte Wirkung einer wirklichen und definitiven Theilung haben kann? und wird diese Frage verneint. An die Begründung superfiziarischer Rechte lasse sich in den gewöhnlichen Fällen nicht denken; und bei Annahme einer Eigenthumsgemeinschaft (communio pro indiviso) könne die Abtheilung unter den Kommunionsinteressenten nur die Bedeutung einer Vereinbarung über die Benützung haben, eine solche Vereinbarung aber vermöge die Singularsuccessoren nicht zu binden, und auch die Kontrahenten selbst und deren Erben nur so lange, als sie die Gemeinschaft fortbestehen lassen wollen. Diese Aufstellungen sind theilweise zu beanstanden. Mir wenigstens scheint die Annahme superfiziarischen Rechtes für die Regel eine den vorliegenden Bedürfnissen, dem Willen der Interessenten und den thatsächlich vorhandenen Verhältnissen entsprechende Rechtsgestaltung zu ergeben (vgl. unten III). Und auch bei der Annahme einer Eigenthumsgemeinschaft möchte der Ueber-

gang der obligatorischen Beziehungen auf die Einzelnachfolger, vielleicht selbst der Ausschluß der Berechtigung zu jederzeitiger Aufhebung der Gemeinschaft, zu vertheidigen sein (vgl. IV).

Wenn indessen nach der Ansicht des K. Obertribunals die allgemeinen Rechtsgrundsätze es nicht ermöglichen, einer Theilung nach Stockwerken und Gelassen die Bedeutung einer definitiven Theilung beizulegen, so soll dieß doch möglich sein auf Grund eines in Württemberg existirenden Gewohnheitsrechtes. Der Inhalt dieses Gewohnheitsrechtes aber soll dahin gehen: daß eine Theilung, wie die angeführte, zwar an Grund und Boden (area) eine Gemeinschaft des Eigenthums (communio pro indiviso) bestehen lasse oder begründe, an den einzelnen ausgeschiedenen Stockwerken und Gelassen dagegen Sondereigenthum (dominium divisum) hervorrufe. Daß, wenn ein Gewohnheitsrechtssatz dieses Inhalts für Württemberg nachgewiesen werden kann, die Theilung nach Stockwerken einer definitiven Theilung gleichsteht, ist nicht zu beanstanden: denn es ist völlig richtig, wenn die gemeinrechtliche, wie die württembergische Praxis bei Eigenthumsgemeinschaft von einzelnen untergeordneten Bestandtheilen reell getheilter Sachen die Theilungsklage sowohl in Beziehung auf jene Bestandtheile für sich allein, als auf die Sachen einschließlich der Bestandtheile als unzulässig verwirft.[1] Als untergeordneter Bestandtheil der Gebäude aber erscheint die area, sobald dominium divisum an den einzelnen Stockwerken zugelassen ist.

Aber eine andere Frage ist, ob jener Nachweis geführt ist? Sie möchte nicht zu bejahen sein. Wenigstens scheinen mir die im Archive a. a. O. aufgeführten Gründe entweder überhaupt keine gewohnheitsrechtliche Abweichung von den allgemeinen und zugleich gemeinrechtlichen Grund-

---

[1] l. 19 §. 1 D. comm. div. (10, 3); vergl. auch die in diesem Archiv a. a. O. S. 363 Note 54 zitirten Belege.

sätzen zu konstatiren, oder aber einen Satz abweichenden, viel weniger anomalen Inhalts.

Der hauptsächlichste Grund gegen die Argumentationen des Plenarbeschlusses ist die Ueberzeugung, daß die vorhandenen thatsächlichen Verhältnisse ohne die Annahme eines partikularen Gewohnheitsrechtes oder wenigstens ohne die Annahme eines Gewohnheitsrechtssatzes des angeführten, höchst anomalen Charakters begriffen und ihrem Wesen entsprechend rechtlich gestaltet werden können. Aus diesem Grunde mag die Prüfung der einzelnen für das behauptete Gewohnheitsrecht vorgebrachten Argumente zurückgestellt werden (vgl. V), bis die meines Erachtens näher liegende beziehungsweise gebotene Konstruktion auseinandergesetzt sein wird (vgl. III und IV). Zunächst aber soll der Satz, wie er sich nach der These des K. Obertribunals herausstellt, etwas näher in's Auge gefaßt und namentlich in seinem Verhältnisse zu den Prinzipien des geltenden Rechtes, untersucht werden.

II.

So, wie der Satz im Plenarbeschlusse aufgestellt ist, beschränkt er sich keineswegs auf eine Modifikation der Rechtssätze über Theilbarkeit und Theilung der Immobilien, sondern tritt in Widerspruch mit tiefliegenden Prinzipien des geltenden Rechtes. Die Motive des Plenarbeschlusses erkennen dies selbst an,[2] indem sie hervorheben, daß das Sondereigenthum an einzelnen Bestandtheilen eines Gebäudes mit dem Accessionsprinzipe kollidire — mit dem Accessionsprinzipe, das nicht bloß auf Grund der gemeinrechtlichen Bestimmungen in Württemberg gilt, sondern auch in einer wichtigen Konsequenz durch die Pfandgesetzgebung ausdrücklich anerkannt worden ist.

Wie tief dieser Widerspruch einschneidet, zeigt ein Blick auf die dem Accessionsprinzipe selbst zu Grunde

---

[2] Dieses Archiv a. a. O. S. 346, 355 ff.

liegenden Rechtsgedanken.[3] Daß das Gebäude mit Rechtsnothwendigkeit im Eigenthume des Bodeneigenthümers steht, hat seinen Grund einmal in der Annahme, daß das Gebäude mit seinen Bestandtheilen, zu denen auch der Baugrund gehört, ein einheitliches Ganzes, eine Sache bildet; und weiterhin in dem Umstand, daß die Römer das Eigenthum, als die adäquate Form des rechtlichen Angehörens der Sache an ein Vermögen, sich nur einheitlich denken, d. h. an der einen einheitlichen Sache nur ein Eigenthum anzuerkennen vermögen; und endlich in der Erwägung, daß von den verschiedenen Bestandtheilen der universitas aedium die Area die prinzipale sei: sine qua aedificium esse non potest. Wenn nun Sondereigenthum an einzelnen Stockwerken und Gelassen möglich sein soll, so muß entweder die Auffassung der Gebäude als eines einheitlichen Ganzen als aufgegeben zu betrachten sein, oder die Einheitlichkeit des Eigenthums selbst. Denn die bloße Aenderung der Bevorzugung der Area vor den übrigen Bestandtheilen des Gebäudes — eine Aenderung, welche darin, daß die pars pro indiviso an der Area zur unselbstständigen Zubehörde des Sondereigenthums werden soll, zweifellos hervortritt — würde noch zu keinem Sondereigenthume führen. Von jenen Prinzipien aber möchte

---

[3] Ueber die im Texte berührten, allerdings nicht durchaus anerkannten Ausgangspunkte vergl. Wächter im civil. Archiv Bd. XVII S. 175 ff., im Handbuch des württemb. Privatrechtes Bd. II §. 43 ff., der die Fragen unter dem Gesichtspunkte der Theilung und Theilbarkeit der Sachen erörtert; Brinz, Pand. Bd. 1 S. 178 ff. und Girtanner in Jhering's Jahrb. Bd. III Nro. 2 namentlich S. 271 ff. (mit Beziehung auf Begriff und Wesen des Eigenthums); Bechmann, Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession (1847) S. 55 ff. (unter dem Gesichtspunkte des Erwerbes durch Accession); Wächter, Superfiziarrecht S. 10 ff. und Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 114 ff. (mit Beziehung auf die Superfizies); Zaun im civ. Archiv Bd. XLIII S. 211 ff., namentlich S. 215–217 (mit spezieller Beziehung auf das Eigenthum an Gebäuden und Gebäudebestandtheilen).

das zweite — die Einheitlichkeit des Eigenthums — als geändert erscheinen. Wenigstens kann der Annahme ungetheilter Bestandtheile des Hauses, und namentlich einer in Eigenthumsgemeinschaft stehenden und mit den einzelnen Stockwerken untrennbar verbundenen Area [4] kaum eine andere Auffassung zu Grunde liegen, als die fortdauernde Auffassung des Gebäudes als eines einheitlichen Ganzen. Es ist also direkt das Wesen des Eigenthums, gegen welches der angeblich gewohnheitsrechtliche Satz verstoßt.

Freilich ist der Widerspruch — auf welches jener Prinzipien er auch in erster Linie bezogen werden mag — nicht konsequent festgehalten und durchgeführt. Innerhalb des Verhältnisses selbst will die eben hervorgehobene Annahme, daß einmal gewisse Bestandtheile des Gebäudes (Eingänge, Treppen, Dach, und namentlich Baugrund) gemeinschaftlich, d. h. in communio pro indiviso bleiben, und daß weiterhin diese Bestandtheile und namentlich die Area von den ausgeschiedenen Bestandtheilen sich nicht trennen lassen, mit der Aufhebung weder der Einheitlichkeit der Sache, noch der Einheitlichkeit des Rechtes, noch auch nur der Bevorzugung der Superfizies vor dem Solum vollständig harmoniren. Und die Konsequenzen, zu denen die Durchbrechung dieser Prinzipien nach anderen Richtungen hin führen würden, wollen und sollen ohnedieß nicht gezogen werden. Es kann und will z. B. nicht angenommen werden, daß der Erbauer eines Hauses auf fremdem Baugrund diesen Baugrund in sein Eigenthum erwerbe, oder auch nur, daß er Eigenthümer des von ihm erbauten Hauses werde. [5] Der Gewohnheitsrechtssatz würde also, wenn überhaupt vorhanden, nach Inhalt und Umfang den Charakter eines singulären Rechtssatzes an sich tragen.

Aber der Satz ist überhaupt innerlich unwahr. Sondereigenthum an einer Sache setzt wenigstens die Möglichkeit

---

[4] Dieses Archiv a. a. O. S. 344.
[5] Dieses Archiv a. a. O. S. 346.

der ausschließlichen Herrschaft über die Sache voraus; und diese Möglichkeit fehlt hier und fehlt nothwendig und dauernd, weil sie durch die faktische Natur eines jeden Gebäudes ausgeschlossen ist. Auf der area communis ruht das Gebäude und zunächst das im Sondereigenthum eines Interessenten befindliche Parterrestockwerk: auf dem Parterre etwa das im Sondereigenthum des zweiten Interessenten befindliche zweite Stockwerk; und auf diesem — im einfachsten Falle — das Dach, das wiederum in Eigenthumsgemeinschaft steht. Die beiden Stockwerke sind also unselbstständig nach ihrer Basis und unselbstständig nach der Seite ihrer Benützungs- und Leistungsfähigkeit. Dem angeblichen Eigenthümer jedes einzelnen Stockwerkes fehlt also die Möglichkeit der ausschließlichen Herrschaft über die ihm gehörende Sache und zwar nicht etwa in Folge der Existenz eines jus in re aliena, sondern in Folge der nothwendigen Gestaltung des Eigenthumsobjektes, somit in Folge der inhaltlichen Gestaltung seines Rechtes selbst. Oder sollen die gegenseitigen Beziehungen als jura in re aliena aufgefaßt werden? Dieß ist ausgeschlossen durch ihre begriffliche Nothwendigkeit; außerdem aber für viele Fälle durch die rechtliche Unmöglichkeit der Begründung von Servituten für die im Alleineigenthum des Miteigenthümers stehende Sache an dem praedium commune und für das praedium commune an der res condomini.

Der Widerspruch des vom K. Obertribunal aufgestellten Satzes mit den Prinzipien des geltenden Rechtes, die inkonsequente Durchführung desselben, seine innere Unrichtigkeit können zwar selbstverständlich der Geltung desselben nicht in den Weg treten. Aber sie nöthigen dazu, den Satz nicht ohne die überzeugendsten Beweisgründe als konstatirt anzusehen, und, wenn eine andere Erklärung und Gestaltung der Verhältnisse, in denen er zur Erscheinung kommen soll, möglich ist, dieser anderen Erklärung und Gestaltung den Vorzug zu geben.

Wäre freilich die Grundanschauung des römischen Rechtes selbst, obgleich im geltenden Rechte festgehalten, doch im Absterben begriffen und ließe sich die Anerkennung des Eigenthumes an den einzelnen Stockwerken eines Gebäudes in Zusammenhang bringen mit einer in Entwicklung begriffenen neuen Grundanschauung, so wäre der eben gezogene Schluß nicht berechtigt. Allein jene Voraussetzung trifft nicht zu.

In dieser Beziehung ließe sich — im Hinblick namentlich auf das Superfiziarrecht und dessen Anerkennung im römischen Rechte — möglicher Weise daran denken, das Accessionsprinzip und seine Grundlagen als im römischen Rechte selbst für materiell überwunden und nur formell festgehalten zu betrachten: so daß die Anerkennung des getrennten Eigenthums an den einzelnen Stockwerken nur die Vollendung einer schon im römischen Rechte begonnenen Entwicklung wäre. Indessen wäre diese Annahme durchaus unrichtig. Der Eigenthumsbegriff selbst ist im römischen Rechte durchaus nicht in einer Aenderung und Abschwächung begriffen, und das Superfiziarrecht, so zweifellos es mit dem Satze: „superficies cedit solo" zusammenhängt und zur Vermittlung des praktischen Bedürfnisses mit solchem bestimmt ist, doch keineswegs aus diesem Satze zu erklären. Hat doch der Superfiziar nicht blos ein inhaltlich eigenthumsgleiches Recht an der Superfizies, sondern zugleich und nothwendig ein inhaltlich beschränktes nur als jus in re aliena aufzufassendes Recht an dem solum (vgl. II). Mit anderen Worten: in der Ausschließung selbstständigen Eigenthums an der Superfizies und der Anerkennung eines blosen jus in re aliena an solcher zieht das römische Recht keineswegs eine formalistische Konsequenz aus dem Accessionsprinzipe, sondern bringt zugleich das nothwendige thatsächliche Verhältniß zwischen der Superfizies und dem Boden, auf welchem solche ruht, zur Geltung. Ist dem aber so, so läßt sich aus der Anerkennung und Ausbildung des Superfiziarrechtes keineswegs schließen,

daß die römische Jurisprudenz das rechtliche Zusammengehören von Boden und Gebäude materiell aufgegeben und nur formell um des alten Rechtssatzes willen festgehalten.

Eine Anknüpfung an germanische Rechtsanschauungen scheint ebenfalls nicht möglich zu sein — ganz abgesehen davon, daß deren lebendige Fortdauer nachgewiesen werden müßte, wenn auf sie sollte rekurrirt werden dürfen. Wenigstens betrachtet selbst Bluntschli[6] das von ihm für zuläßig erklärte Eigenthum an Accessionen von Grund und Boden (Baum, Haus), und an einzelnen Stockwerken oder Wohnungen (sog. Herbergen) als ein anomales Verhältniß, das er nur „um einer abstrakten Schultheorie willen" nicht negirt wissen will.[7]

Die Bestimmungen der neueren Gesetze und Gesetzesentwürfe endlich, die vom Eigenthum an räumlich ausgeschiedenen Theilen eines Gebäudes sprechen,[8] lassen in keiner Weise erkennen, daß eine andere Grundanschauung über den Eigenthumsbegriff, das Verhältniß des Grund und Bodens zur Accessio u. s. f. in der Entwicklung begriffen wäre. Theils die Bestimmungen selbst, theils die Motive — namentlich die Motive zu dem bayerischen Entwurfe, der völlig dieselben Rechtssätze proponirt, welche nach der Ansicht des k. Obertribunals in Württemberg gewohnheitsrechtlich gelten, zeigen vielmehr, daß es sich einzig und allein um die Erfassung und Konstruktion derselben thatsächlichen Verhältnisse handelt, auf welche sich der postulirte Gewohnheitsrechtssatz bezieht; daß diese Verhältnisse als anomale aufgefaßt werden, und daß das

---

[6] Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., S. 154.

[7] Und die Abweichungen des germanischen gegenüber dem deutschen Rechte, welche sich bei Walter, deutsche Rechtsgeschichte, angeführt finden, betreffen durchaus vorübergehende Verhältnisse und führen weder direkt noch indirekt auf den Satz, daß das Eigenthum an dem Gebäude oder an einzelnen Bestandtheilen bleibend getrennt sein könne von dem Eigenthum an dem Baugrund.

[8] Dieses Archiv a. a. O. S. 338—342.

Accessionsprinzip mit seinen Grundlagen überall und ungeändert aufgenommen ist.

III.

Das Rechtsinstitut, das für gewöhnlich völlig auszureichen scheint, um die durch Theilung nach Stockwerken und Gelassen entstandenen Verhältnisse rechtlich zu gestalten, ist das Superfiziar- oder Platzrecht.

Die Quellen sind über dieses Institut, das unbezweifelt dem heutigen Rechte angehört,[9] bekanntlich dürftig genug und lassen selbst Zweifeln darüber Raum, ob das Platzrecht nicht die obligatorische Basis, auf der es in der ersten Zeit der Entstehung vielleicht immer, späterhin jedenfalls häufig ruhte, beibehalten hat: so daß dasselbe nur möglich wäre in Verbindung mit einer Platzmiethe. Wäre dieß der Fall, so könnte davon keine Rede sein, daß die in Frage stehenden Verhältnisse als Superfiziarrechte aufzufassen seien. Denn den Verhältnissen, in denen angeblich getheiltes Eigenthum an einzelnen Stockwerken der einzelnen Gelasse vorhanden ist, wird kaum irgend einmal ein Vertrag zu Grunde liegen, der sich als Miethvertrag auffassen ließe, der namentlich einen bleibenden Zins (solarium) als Gegenleistung festsetzen würde. Indessen ist die gewöhnliche Ansicht richtig, die Ansicht nemlich, daß schon in klassischer Zeit und seitdem die Superfizies durch jedes Veräußerungsgeschäft (Verkauf, Schenkung, Theilung u. s. f.) begründet werden kann; daß sie folgeweise in keiner nothwendigen Beziehung zu einer fortdauernden obligatorischen Grundlage (Bodenmiethe) steht, und daß das Platzrecht bestehen kann ohne irgend eine periodische Gegenleistung des Superfiziars.[10] Noch weniger Grund hat die weitere neuerdings vertheidigte Ansicht, daß das Platzrecht begriffsgemäß Errichtung des superficium durch

---

[9] Vergl. auch dieses Archiv a. a. O. S. 335, 345.

[10] vgl. namentlich l. 1 §. 1 D. superf. (43, 18).

den Superfiziar voraussetze, an einem durch den Eigenthümer selbst hergestellten Gebäude oder Gebäudetheile also nicht zur Entstehung kommen könne: so daß auch nach dieser Richtung hin der allgemeinen Anwendbarkeit des Institutes Nichts im Wege steht. Und wenn endlich behauptet wird, daß an einzelnen Gebäudetheilen nur dann ein Superfiziarrecht zuläßig sei, wenn dieselben eine selbstständige Benützung d. h. eine Benützung ohne ständige Berührung mit den anderen Räumlichkeiten und ohne Behelligung der Bewohner derselben gestatten, so ist diese gegenständliche Beschränkung weder durch das Prinzip des einheitlichen Eigenthums, noch durch die l. 3, §. 7 D. uti possidetis (43,17) gerechtfertigt.[11]

Darf davon ausgegangen werden, daß das Platzrecht keineswegs in nothwendiger Verbindung mit einer obligatorischen Basis steht, daß es auf einzelne Bestandtheile von Gebäuden Anwendung findet, und daß es auf solche Anwendung findet, auch wenn das Gebäude und dessen in Frage stehender Theil schon existiren und wenn eine völlig selbstständige Benützung des letzteren nicht möglich ist, so kann es kaum einem Anstand unterliegen, daß das Institut geeignet ist, den von dem k. Obertribunal konstatirten thatsächlichen Verhältnissen zur vollen rechtlichen Geltung und Gestaltung zu verhelfen. Ich sehe in dieser Beziehung zunächst ab von den weniger häufig vorkom-

[11] Die Beschränkung auf die Bodenmiethe, das Requisit des Solarium und das Erforderniß der Errichtung des Gebäudes durch den Superfiziar findet sich neuerdings vertreten bei Degenkolb Platzrecht und Miethe (1847) S. 23 f., S. 42 f., S. 45 f.; die selbstständige Benützbarkeit der einzelnen Räumlichkeiten betont Zaun im civil. Archiv Bd. XLIII, S. 225 f., vgl. aber A. Ch. Schmid, Handbuch des gemeinen Rechtes §. 26, namentlich bei Note 3 u. 33; Sintenis, gem. Civilrecht Bd. I, §. 56; Arndts, Pandekten §. 200; Brinz, Pandekten S. 289—291; Windscheid, Pandekten §. 223, namentlich bei und in Note 11, 12, 21; und vor Allen Wächter, das Superfiziarrecht (2. Ausgabe) S. 50 f. 59—79.

menden Theilungsweisen, z. B. der Theilung der einzelnen Parterreräumlichkeiten und nehme den einfachsten Fall, bei welchem ein oberes Stockwerk von dem bisherigen Alleineigenthümer des Gebäudes an einen Dritten veräußert worden ist. Was die Interessenten wollen, und was in der thatsächlichen Gestaltung sich ausspricht, ist: daß jeder der Interessenten über das ihm zugewiesene bezw. verbleibende Stockwerk die vollen Befugnisse des Eigenthümers habe; daß er diese Befugnisse selbstständig und dauernd habe; daß sie in derselben Weise, wie sie bei der Auseinanderreißung begründet werden, auf Erben und Singularnachfolger übergehen. All' dieß trifft, wenn Superfiziarrecht an dem obern Stockwerke angenommen wird, unbedingt und unbeschränkt zu. Der Inhaber des Parterrestockes ist der Eigenthümer: bei ihm treten deßhalb alle die hervorgehobenen Folgen nothwendig ein. Der Inhaber des zweiten Stockes ist nur Superfiziar, aber er hat als solcher an dem zweiten Stockwerke, soferne nicht Beschränkungen beredet sind, ein inhaltlich dem Eigenthümer gleiches Recht. Er hat solches, wenn nicht ein dauerndes obligatorisches Verhältniß zu Grunde liegt, dem Eigenthümer gegenüber so unabhängig, als wenn es Eigenthum wäre; und kann es ohne alle Schranken vererben und veräußern mit der selbstverständlichen Wirkung, daß das Recht bei der Gesammt- oder Einzelnachfolge formell und materiell ganz dasselbe ist, wie bei dem ersten Berechtigten.[12] Aber auch, wenn, wie gewöhnlich, neben der Ausscheidung einzelner Räumlichkeiten die gemeinsame Mitbenützung anderer z. B. der Eingänge, der Treppen beabsichtigt und herbeigeführt wird, reicht die angeführte Auffassung völlig aus. Der Inhaber der unteren Stockwerke benützt diese Räumlichkeiten als Eigenthümer derselben, der Superfiziar aber vermöge seiner Superfiziarrechte. Dieses gibt ihm nicht

---

[12] **Wächter**, a. a. O. S. 30—48, vgl. auch **Schmid** a. a. O. §. 27; **Windscheid**, a. a. O., namentlich bei Note 4—10.

blos eigenthumsgleiche Rechte an dem superficium (hier dem zugewiesenen Stockwerke), sondern auch Rechte gegenüber den dem Eigenthümer verbleibenden Bestandtheilen des Gebäudes, nemlich das Recht, das superficium auf dem untern Stockwerke ruhen zu lassen, und, wenn die ordnungsmäßige Benützung des ersteren dieß erfordert, oder Beredungen nach dieser Richtung vorliegen, überdieß die Befugniß, den dem Eigenthümer verbleibenden Raum nach gewissen Richtungen hin mit zu benützen (vgl. hierüber auch unten Ziff. 2 u. 3).

Die Gestaltung der betreffenden Verhältnisse durch Zuhilfenahme des Superfiziarrechtes trägt selbst in höherem Grade den thatsächlichen Beziehungen, Interessen und Absichten Rechnung, als die in dem Plenarbeschlusse unternommene Konstruktion. Einzelnes, was hieher gehört, wird sich aus den unten auszuhebenden Detailsätzen von selbst ergeben. Dagegen ist gleich hier auf ein Doppeltes aufmerksam zu machen. Einmal gibt, wie schon oben bemerkt, die Auffassung der Berechtigung an dem oberen Stockwerke als eines Eigenthumsrechtes dem Verhältnisse zu dem unteren Stockwerke, der Belastung desselben durch das erstere, keinen Ausdruck — während diese Belastung sich dem Superfiziar gegenüber als die begrifflich nothwendige Folge des Rechtsinhaltes darstellt. Weiterhin wird sehr häufig bezüglich der gemeinschaftlichen Räumlichkeiten die Verabredung sich nicht auf die Konstatirung der gemeinschaftlichen Benützung beschränken, sondern die Art der Mitbenützung näher regeln. Sieht man derartige Räumlichkeiten als in Eigenthumsgemeinschaft stehend an und geht man mit dem K. Obertribunal[13] zugleich davon aus, daß Vereinbarungen über die Benützung gemeinschaftlichen Eigenthums auf die Singularsuccessoren nicht übergehen (vgl. übrigens unten IV.), so fehlt es den durch solche Beredungen geschaffenen Beziehungen an derjenigen Dauer-

[13] Dieses Archiv a. a. O. S. 344.

haftigkeit, die für solche erstrebt werden will. Dieß aber ist um so mißlicher, als in Beziehung auf derartige nebensächliche Räumlichkeiten nach der Ansicht des K. Obertribunals (vgl. auch oben II) die Theilungsklage zessirt. Bei der hier vertretenen Auffassung dagegen bestimmen solche Beredungen den Umfang des Superfiziarrechtes und sind deßhalb so dauernd, als dieses Recht selbst und das solchem gegenüberstehende Eigenthum.

In der Motivirung des Plenarbeschlusses sind nun freilich Gründe hervorgehoben, beziehungsweise angedeutet, um deren willen an superfiziarische Rechte in den gewöhnlichen Fällen nicht soll gedacht werden können. Einmal, daß die Absicht der Interessenten darauf gerichtet sei, das Gebäude in rechtlich gleichartige Antheile zu zerlegen und an sämmtlichen ausgeschiedenen Räumlichkeiten Sondereigenthum zu begründen.[14] Weiterhin, daß es an Anhaltspunkten dafür fehle, wer als der Eigenthümer und wer als der Superfiziar anzusehen sei.[15] Endlich daß die Area des Hauses im gemeinschaftlichen Eigenthum sei und der Miteigenthümer des Bodens ein Superfiziarrecht an dem auf solchem errichteten Gebäude oder einzelnen Bestandtheilen desselben nicht haben könne.[16] Indessen möchte keiner dieser Gründe von durchschlagender Bedeutung sein.

Die Interessenten werden allerdings nie oder nur in den seltensten Fällen sich bewußt sein, daß diejenigen von ihnen, die nicht den Baugrund und den unmittelbar mit solchem kohärirenden Haustheil erhalten, nur ein jus in re aliena erwerben; sie werden deshalb annehmen und wollen, daß das Gebäude in rechtlich gleiche Antheile zerlegt werde; und insoferne Uebertragung und Erwerbung von Eigenthum an den einzelnen Haustheilen beabsichtigen. Allein der Irrthum der Kontrahenten über den rechtlichen

---

[14] Dieses Archiv a. a. O. S. 343, 345.
[15] Ebendaselbst S. 345.
[16] Ebendaselbst S. 335 u. 346.

Erfolg eines von ihnen beabsichtigten Geschäftes, oder eigentlich über die rechtliche Form, in welcher der durch das Geschäft beabsichtigte Erfolg allein einzutreten vermag, steht dem Eintritt desselben nicht entgegen. Dieß beweisen unter Anderem die Stellen, die aus einer acceptilatio in Fällen, in welchen solche als Acceptilation nicht zu wirken vermag, ohne Weiteres eine exceptio pacti de non petendo hervorgehen lassen;[17] noch mehr diejenigen, welche die Schenkung des Hausvaters an das Hauskind, die eine Rechtsübertragung nicht zu bewirken vermag, ein Pekulium begründen lassen.[18] Und daß auch die Römer keinen Anstand daran nahmen, wenn die persönliche Meinung das Recht des Superfiziars mit dem Eigenthume zusammenwirft, zeigen Stellen wie l. 3, §. 7 D. uti poss. (43, 17), in welcher richtiger Ansicht nach vom Superfiziar gesagt ist: in quo alius quasi dominus moretur; l. 74 D. rei vindic. (6, 1) . . qui . . superficiem . . habet; l. 9, §. 4 D. damno inf. (39, 2) . . si solum sit alterius, superficies alterius . . .[19] Insofern kommt also die abweichende Anschauung der Interessenten hier nicht in Betracht — wobei vorläufig unerörtert bleiben soll, ob die konstante Richtung des Willens gerade auf Eigenthumsübertragung nicht ein Beweismoment für die Existenz des behaupteten Gewohnheitsrechtes abgibt (vgl. hierüber unten V).

Daß es in der Regel an Anhaltspunkten für die Entscheidung der Frage fehle: wer Eigenthümer und wer Superfiziar sei? ist wohl nicht richtig, wenn sich auch nicht leugnen läßt, daß in dieser Beziehung Schwierigkeiten vorliegen können, und daß eine definitive Entscheidung immer nur mit Rücksicht auf die Umstände des konkreten Falles

---

[17] l. 8 pr., l. 19 pr. D. accept. (46, 4).

[18] l. 31 §. 2 D. de don. (39, 5); l. 15 pr. D. peculio castr. (49, 17).

[19] Wächter, a. a. O. S. 32; Windscheid, a. a. O. §. 223, Note 2.

gegeben werden kann. Zunächst steht nemlich so viel fest, daß Derjenige Eigenthümer ist, dem der Baugrund gehört.[20] Wem der Baugrund gehören soll, wird nun freilich selten genug ausdrücklich ausgesprochen werden, aber in der Regel aus den Umständen des konkreten Falles unschwer zu entnehmen sein. Wenn z. B. der Alleineigenthümer eines Gebäudes ein mittleres Stockwerk wegveräußert, liegt lediglich kein Grund zu der Annahme vor, daß er den ihm bis dahin allein gehörenden Baugrund ganz oder theilweise auf den Erwerber dieses einzelnen Stockwerkes übertragen habe, da er ja diesen Erwerber durch solche Uebertragung doch nicht zu einem Eigenthümer seines mit dem Baugrunde nicht unmittelbar kohärirenden Stockwerkes machen kann und Eigenthumsübertragung an dem Hause als Ganzem nicht beabsichtigt wird. Er bleibt also Eigenthümer des Baugrundes und hiemit Eigenthümer des ganzen Hauses, nur daß sein Eigenthum in Beziehung auf das mittlere Stockwerk durch das Superfiziarrecht des Erwerbers beschränkt ist. Theilen ferner mehrere Miteigenthümer des Gebäudes und hiemit des Baugrundes das Gebäude nach Stockwerken, so wird unbedenklich angenommen werden dürfen, daß Derjenige, dem der Parterrestock zugewiesen wird, Alleineigenthümer des Bauplatzes und hiemit des Hauses wird. Denn durch die Uebertragung der partes pro indiviso an der Area auf diesen Interessenten kann die Absicht der Uebertragung des Eigenthums am unteren Stockwerke allerdings realisirt werden, während dieß bezüglich der übrigen Interessenten, deren Antheile mit der Grundfläche nicht kohäriren, nicht oder nur möglich ist unter der in der Regel nicht zutreffenden Voraussetzung, daß die Interessenten die Uebertragung des Hauses als Ganzen an einen von ihnen wollen und beabsichtigen. Zweifelhafter ist die Entscheidung im Falle der Wegveräußerung des Parterrestockes von dem im Allein-

---

[20] l. 2 D. superf. (43, 18).

eigenthum des Veräußerers stehenden Gebäude. Die überwiegenden Gründe werden aber hier auf die Entscheidung führen, die für den ersten Fall gegeben worden ist, nemlich auf die Annahme fortdauernden Eigenthums des Veräußerers. Noch mehr Zweifel kann eine Theilung erregen, welche die Gelasse in den einzelnen Stockwerken und namentlich auch im Parterrestockwerke verschiedenen Interessenten zuweist. Doch wird auch hier in der Regel entweder die Anknüpfung an das bisherige Alleineigenthum oder die Auffassung des Gebäudes als eines einheitlichen Ganzen und die Berücksichtigung des Verhältnisses der einzelnen Räumlichkeiten zu diesem Ganzen einen sicheren Entscheidungsgrund an die Hand geben.

Allerdings setzen diese Entscheidungen voraus, daß das dritte Argument, welches die Motive des Plenarbeschlusses gegen die Annahme eines Superfiziarrechtes gebrauchen, thatsächlich nicht fundirt ist. Wenn es nemlich richtig wäre, daß die Grundfläche des Hauses (area) für gewöhnlich in Eigenthumsgemeinschaft steht, würden die in Vorstehendem versuchten Erwägungen der realen Grundlage entschieden entbehren; es wäre aber auch ohnedieß aus dem in den Motiven angeführten Grunde an die Subsumtion der betreffenden Verhältnisse unter das Platzrecht nicht zu denken. Indessen fehlt es zwar nicht in Beziehung auf die drei dem K. Obertribunale zur Entscheidung vorgelegenen Fälle,[21] wohl aber in Beziehung auf die aufgestellte generelle These[22] an ausreichenden Anhaltspunkten für die Annahme, daß die area in einer communio pro indiviso stehe. In jenen drei Fällen nemlich waren die streitenden Parteien darüber einig, daß die Area des Hauses ihr gemeinschaftliches Eigenthum sei, und war hiedurch für die gerichtliche Entscheidung eine Basis geschaffen, auf deren Richtigkeit es weiter nicht mehr ankommen konnte. Im

---

[21] Dieses Archiv a. a. O. S. 335.

[22] Ebendaselbst S. 346.

Allgemeinen aber scheint die Thesis des K. Obertribunals auf Schlußfolgerungen, nicht auf der Annahme regelmäßig vorkommender Beredungen zu beruhen. Denn der Quotenangabe in Kauf- und Güterbuch (auch Pfandbuch), die allerdings regelmäßig sich vorfindet, wird von dem K. Obertribunale selbst, in Uebereinstimmung mit früheren Entscheidungen und mit vollem Rechte, eine Bedeutung für die Annahme einer communio pro indiviso nicht beigelegt.[23] Ein anderweiter spezieller Anhaltspunkt für eine solche Annahme in Beziehung auf die Area aber findet sich in den Motiven nicht, und wäre auch mit Grund nicht anzuführen gewesen. Soweit ich die unterliegenden Verhältnisse kenne — was allerdings nur in sehr beschränktem Umfang der Fall ist — sind in den Kaufverträgen und den Einträgen in das Kaufbuch für die Regel keinerlei Bestimmungen über die Grundfläche enthalten, namentlich nicht die Bestimmung, daß sie gemeinschaftliches Eigenthum der sämmtlichen Betheiligten sein solle. Man muß also, soll eine Eigenthumsgemeinschaft bezüglich des Baugrundes vorliegen, rückschließen entweder aus der Gemeinschaftlichkeit, die bezüglich anderer Bestandtheile des Hauses z. B. des Oehrns, der Treppen, des Daches nicht selten ausdrücklich verabredet wird, oder aus dem bisherigen Miteigenthum am ganzen Gebäude und hiemit auch an der Area. Allein was jene Beredungen festsetzen wollen, wird in der Regel nicht die Eigenthumsgemeinschaft an den einzelnen Bestandtheilen sein, sondern die Gemeinschaftlichkeit der Benützung oder des Erhaltungsaufwandes, so daß schon aus diesem Grunde ein Rückschluß auf den Baugrund in Beziehung auf welchen weder Benützung noch Aufwand für die Regel in Aussicht zu nehmen ist, nicht zulässig sein wird. Die zweite Konklusion aber ist in der Hälfte aller Fälle, nämlich überall, wo das Gebäude bisher im Alleineigenthum gestanden ist und die Theilung durch

---

[23] Dieses Archiv a. a. O. S. 344 unten und 345.

Wegveräußerung einzelner Gelasse und Stockwerke erfolgt,[24] von vorneherein unmöglich; und daß sie auch in anderen Fällen Bedenken unterliegt, ergibt sich aus den zu der zweiten Einwendung der Motive gemachten Bemerkungen (vgl. oben S. 208).

Sind die bisherigen Ausführungen richtig, so ist die an die Spitze gestellte Behauptung dargethan: daß das Superfiziarrecht für die Regel völlig ausreiche, um die Verhältnisse rechtlich zu gestalten, welche durch Theilung der Gebäude nach einzelnen Stockwerken und einzelnen Gelassen entstehen. Indessen tritt dieses Resultat noch klarer hervor, wenn die Gestaltung der betreffenden Verhältnisse unter Zugrundlegung des Superfiziarrechtes in das Detail durchgeführt wird. Deshalb und weil es weiterhin nicht blos in der partikularen, sondern auch in der gemeinrechtlichen Literatur an einer eingehenden Berücksichtigung des Superfiziarrechtes an einzelnen Stockwerken und Gelassen nahezu ganz fehlt, die Quellen aber eine direkte Bestimmung nirgends enthalten, mag es gestattet sein, einzelne hierauf bezügliche Fragen noch speziell zu berühren, und in konsequenter Folgerung aus dem zu Grunde liegenden Prinzipe zu beantworten.

1) Dem Eigenthümer des Baugrundes steht das Eigenthum und nur das Eigenthum an dem ganzen Gebäude zu. Dieß gilt namentlich auch für diejenigen dem Eigenthümer zugeschiedenen oder besseren Theile des Hauses, welche von der Area durch die im Superfiziarrechte stehenden Bestandtheile getrennt sind, z. B. in dem Falle, daß von drei Stockwerken nur das mittlere wegveräußert wird, nicht blos für das Parterre-, sondern auch für das obere Stockwerk: ferner für das Dach, das auf dem Superfiziarstockwerke ruht; für die einzelnen Gelasse, die im Superfiziarstockwerke dem Eigenthümer verblieben sind u. s. f.

2) Die ausdrücklich oder stillschweigend zu gemein-

---

[24] Dieses Archiv a. a. O. S. 332 Note 5.

samer Benützung bestimmten Haustheile stehen nicht im gemeinschaftlichen Eigenthume, sondern im ausschließlichen Eigenthum des Eigenthümers der Area. Auch erstreckt sich auf sie das Superfiziarrecht nicht in der Weise, wie auf die für den Superfiziar ausgeschiedenen Bestandtheile d. h. so, daß dem letzteren eigenthumsgleiche Befugnisse an solchen zustehen würden. Wohl aber ist der Superfiziar vermöge seines Superfiziarrechtes befugt, diese Bestandtheile des Hauses so weit und in der Weise mitzubenützen, als die eigenthumsgleiche Benützung des Superfiziarstockwerkes nothwendig macht. Vereinbarungen, die sich hierauf beziehen, erzeugen also nicht obligatorische Verpflichtungen und Berechtigungen, sondern bestimmen den Umfang und Inhalt des Superfiziarrechtes und hiedurch des durch solches beschränkten Eigenthums. Die Frage aber, ob und welchen Einfluß die länger fortdauernde Uebung habe, ist ebenfalls dahin zu beantworten: daß hiedurch weder Servitut noch Obligation erzeugt, vielmehr lediglich Umfang und Inhalt des Superfiziarrechtes bestimmt zu werden vermag: folgerichtig also auch der Eintritt irgend einer Wirkung nicht abhängig ist von dem Vorhandensein der Voraussetzungen der erwerbenden oder erlöschenden Servitutenverjährung (diuturnus usus und non usus), sondern von dem Vorhandensein der Voraussetzungen entweder einer das Superfiziarrecht ändernden, durch die Uebung abgeschlossenen Vereinbarung oder der Ersitzung des Superfiziarrechtes beziehungsweise der Freiheit des Eigenthums. [25]

3) Die Befugniß des Superfiziars, das ihm ausgeschiedene Stockwerk auf der Area beziehungsweise dem unteren Stockwerke ruhen zu lassen, ist weder Forderungsrecht noch Dienstbarkeit, sondern Inhalt des Superfiziar-

---

[25] Ueber die erwerbende und erlöschende Verjährung des Superfiziarrechtes vgl. Franke im civ. Archiv Bd. XLIV, S. 116 f.; Wächter, a. a. O. S. 101 f., 107 f., 109 f. und die daselbst weiter zitirten Schriftsteller.

rechtes. Ebensowenig erscheint die Verpflichtung des Superfiziars, auf dem ihm ausgeschiedenen Stockwerke ein anderes Stockwerk, beziehungsweise Dach und Dachräumlichkeiten ruhen zu lassen, folgeweise den Abbruch derselben zu unterlassen u. s. f., als Inhalt einer Obligation oder einer Servitut; sie ist vielmehr die Folge einer Beschränkung des Superfiziarrechtes, die ihr entsprechende Befugniß also zum Inhalt des Eigenthums gehörend.

Etwaige Vereinbarungen und Uebungen nach dieser Richtung hin unterliegen deßhalb der unter Ziff. 2 angedeuteten Beurtheilung. Die nothwendige Rücksichtnahme des Eigenthümers auf den Superfiziar und umgekehrt geht nicht auf in pati und non facere; es verbinden sich vielmehr mit dem Superfiziarrecht an einzelnen Stockwerken und Gelassen sehr häufig, vielleicht immer, Verpflichtungen zu einem facere, die keinen andern als einen obligatorischen Charakter haben können.

Dieß erhellt, sobald ins Auge gefaßt wird, daß ohne die bauliche Erhaltung der tragenden Gebäudetheile die Rechte an den getragenen Theilen — bestehen diese Rechte in Eigenthum oder Superfiziarrecht — durch die Vernichtung der Objekte zu Grunde gehen; daß ebenso die gemeinschaftliche Benützung der gemeinsamen Haustheile unmöglich wird, wenn diese Haustheile nicht baulich erhalten werden; und daß die bauliche Erhaltung, beziehungsweise die Ersatzleistung für gemachten Aufwand in einem facere besteht.

An Bestimmungen über die Baulast und ihre Vertheilung gerade bei der Superfizies fehlt es nun freilich; es müssen deßhalb die entscheidenden Sätze auf dem Wege der Analogie gefunden werden. Für die analoge Uebertragung aber bieten sich die inhaltlich verschiedenen Bestimmungen dar, die einerseits für die servitus oneris ferendi, andererseits für die communio pro indiviso gelten. In den ersteren spricht sich nemlich der Gedanke aus, daß wo ein Gebäude oder Gebäudetheil zu dem

Tragen eines anderen Gebäudes oder Gebäudetheiles verpflichtet ist. Derjenige, der die Disposition über das belastete Aedifizium hat, solches in tragfähigem Zustande erhalten muß,[26] während nach den die communio betreffenden Stellen[27] der Aufwand, der von einer in Rechtsgemeinschaft (communio) stehenden Person im Interesse der Gemeinschaft gemacht wird, von den übrigen Interessenten pro rata parte zu tragen ist.[28]

Fragt es sich nun, welcher dieser Analogien Raum zu geben ist, so möchte eine Unterscheidung geboten sein. Da nemlich, wo es sich um die Erhaltung und Reparatur von Gebäudetheilen handelt, die im ausschließlichen Rechte eines der Interessenten stehen (des Eigenthümers oder des Superfiziars) und dem andern Interessenten nur durch das onus ferre dienstlich sind, scheint nach Analogie der für die serv. oneris ferendi gegebenen Bestimmungen der erst angeführte Interessent verpflichtet zu sein, die betreffenden Gebäudetheile ohne Anspruch auf Kostenersatz in tragfähigem Zustande zu erhalten.[29] Bezüglich der Erhaltung und Reparatur der Gebäudetheile dagegen, welche ihrer hauptsächlichen Bedeutung nach nicht einem der Interessenten ausschließlich, sondern allen oder mehreren gemeinsam dienen, möchte die Analogie der communio pro indiviso, also gemeinsame Erhaltung und Vertheilung der Kosten nach dem Verhältnisse der Werthantheile gerechtfertigt sein. Zu diesen letzteren Bestandtheilen aber sind für die Regel nicht nur die zur gemeinsamen Benützung bestimmten Haustheile (Thüren, Hauseingang und Flur, Treppen u. s. f.) zu rechnen, sondern auch der Baugrund,

---

[26] l. 6 §. 2, l. 8 §. 2, D. si serv. vind. (8, 5); Vangerow, Pandekten §. 342 Anm. 2; Windscheid, a. a. O. §. 211a Note 3.

[27] Vgl. l. 6 pr. §. 12, l. 8 §. 3, l. 9 D. comm. div. (10, 3); l. 25 §. 15, D. fam. herc. (10, 2) u. a. m.

[28] Brinz, a. a. O. Bd. 1, S. 457 f.; Windscheid a. a. O. §. 449 Note 10.

[29] Hierauf verweist Wächter a. a. O. S. 41.

die Außenmauern und das Dach. Bedarf die analoge Verwendung der über die Baulast bei der communio geltenden Sätze einer besonderen Begründung — für die analoge Anwendung der die servitus oneris ferendi betreffenden Sätze ist eine solche wohl nach keiner Seite hin nothwendig — so mag hingewiesen werden auf den Grundgedanken jener Sätze, der dahin zu bestimmen sein möchte: die objektive Gemeinschaftlichkeit des Interesses, dem der Aufwand dient, rechtfertigt die Gemeinschaftlichkeit des Aufwandes; auf die sonstigen Ausdehnungen der actio communi dividundo über ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet;[30] auf den eigenthumsgleichen Inhalt der Superfizies;[31] endlich auf die Bauordnung von 1855 S. 30, die bei aller Vagheit ihrer Bestimmung immerhin so viel erkennen läßt, daß bei Häusern oder Scheuren, so unter einem Dach, aber doch unter mehrerlei Händen zertrennt sein, bewohnt und gebraucht werden, eine billige Ausgleichung des von einem Interessenten gemachten Bauaufwandes unter den sämmtlichen Interessenten geboten sein soll.[32] Uebrigens sind selbstverständlich auch Vereinbarungen über die Tragung der Baulast möglich und zuläßig.

5) Das Recht des Superfiziars ist nicht auf die präsente (konkrete) Superfizies beschränkt, d. h. wenn der betreffende Stock oder das ganze Gebäude vernichtet wird, ist der Superfiziar berechtigt, eine neue Superfizies der gleichen Art auf der Area zu errichten und insoweit sich bei dem neuen Bauwesen zu betheiligen.

Hiermit resultirt dann auch ein Anspruch auf die Zuscheidung eines Theiles der Area, beziehungsweise ihres Werthes, wenn die Interessenten sich dahin einigen sollten, daß nicht mehr gebaut werden solle.

---

[30] Vgl. hierüber Windscheid, Pand. §. 449 Note 1.

[31] Vgl. auch l. 1 §. 8, D. superf. (43, 18).

[32] Ueber den Inhalt dieser Stelle der Bauordnung vgl. die Motive zu dem Entwurfe einer neuen allgemeinen Bauordnung S. 71.

6) Das Rechtsverhältniß, wie es sich nach den bisherigen Ausführungen gestaltet, hat diejenige Dauer, die es haben muß, wenn es den thatsächlichen Verhältnissen entsprechen soll.[33] Denn die Rechte, die sich gegenüber stehen, Eigenthum und Superfiziarrecht, sind durchaus vererblich und veräußerlich, und von einem Anspruch auf Auseinandersetzung des Verhältnisses (actio communi dividundo) kann, da keine Rechtsgemeinschaft besteht, sondern beschränkendes und beschränktes Recht sich gegenüberstehen, nicht die Rede sein.

Diese Dauerhaftigkeit tritt selbst in weiterem Umfange ein, als nach der Konstruktion des K. Obertribunals, insofern sowohl die Erweiterungen und Beschränkungen des Superfiziar- und Eigenthumsrechtes (Ziff. 2 und 3) als die gesetzlichen Verbindlichkeiten (Ziff. 4) auf Universal- und Singularnachfolger ungeändert übergehen und nur von den Vereinbarungen über die Baulast und Beredungen ähnlichen Inhalts ein solcher Uebergang mit Grund nicht vertheidigt werden kann.

Faßt man deßhalb die Begründung eines unbeschränkten Superfiziarrechtes als Theilung des Gebäudes auf, was in gewissem Sinne zuläßig ist, so ist sie eine definitive, unwiderrufliche Theilung, eine Theilung mit der Wirkung der Realtheilung. Aber kann eine solche Theilung, wenn das Gebäude in Miteigenthum steht, erzwungen werden? Das K. Obertribunal kann, so weit es sich nur um die Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen handelt, die von ihm übrigens nicht aufgeworfene Frage konsequent nicht verneinen. Von dem hier eingenommenen Standpunkte aus scheint zunächst die Verneinung geboten zu sein; indessen ließe sich doch auch hier unter Umständen, namentlich je nachdem sich die Anschauungen des Verkehres über Wesen und Werth der getheilten Wohnungen fixirt haben, eine bejahende Antwort begründen. Die Frage mag

[33] Dieses Archiv a. a. O. S. 343 f.

übrigens auf sich beruhen, theils weil sie mit dem Thema dieser Arbeit nur indirekt zusammenhängt, theils weil das General-Reskript vom 4. März 1735 in den Worten „auf der Interessenten allseitiges Begehren", die in der Praxis allerdings für die Regel nicht beachtete[34] Bestimmung trifft, daß gegen den Willen auch nur eines Interessenten selbst eine regelmäßige Realtheilung nicht vorgenommen werden dürfe, vor Allem also die Giltigkeit und Tragweite dieser Bestimmung untersucht werden müßte.

IV.

Wenn in dem vorhergehenden Abschnitte der Nachweis versucht worden ist, daß die Anwendung der Superfiziarrechtsgrundsätze die im Leben vorkommenden Fälle von Theilung nach Stockwerken und Gelassen zu decken geeignet ist: so will hiemit doch nicht in Abrede gezogen werden, daß Fälle vorkommen können und vorkommen, in welchen von Superfiziarrechten nicht die Rede sein kann. Es sind dieß diejenigen Theilungen und Veräußerungen, bei welchen der Wille der Interessenten nachweisbar entweder direkt auf Quotentheilung des Gebäudes, beziehungsweise auf Beibehaltung der vorhandenen Quoten an solchen oder auf Quotentheilung des Baugrundes, beziehungsweise Beibehaltung der vorhandenen Quoten an demselben gerichtet ist. Denn daß auch in Fällen der letzteren Art Superfiziarrechte eines der Miteigenthümer der Area an dem Baugrunde und seiner Accession nicht existiren können, ergibt sich selbst bei völliger Beiseitelassung des Accessionsprinzipes, aus dem Verhältnisse des Superfiziarrechtes als des beschränkenden Rechtes zu dem Eigenthume als dem beschränkten Rechte.[35]

Wenn eine derartige Absicht der Interessenten als vorhanden anzusehen ist, läßt sich im Allgemeinen nicht

[34] Dieses Archiv Bd. IX, S. 439.
[35] Dieses Archiv a. a. O. S. 335.

sagen; wohl aber ist selbstverständlich, daß, wenn die unter III vertretene Ansicht richtig ist, aus der nachweislichen Intention der Eigenthumsübertragung und einer dauernden Abtheilung zwischen den Mitbetheiligten weder auf die Absicht der Quotentheilung des ganzen Gebäudes geschlossen werden darf, wie dieß in den früheren Erkenntnissen des K. Obertribunals [36] geschehen ist, noch auf die Absicht der Quotentheilung des Baugrundes, wie dieß jetzt in den Motiven zu dem Plenarbeschlusse geschieht. [37]

Sieht man nun in solchen Fällen von der behaupteten Möglichkeit eines dominium divisum neben solchen partes indivisae, beziehungsweise auf die in partes indivisae zerfallende Area zunächst ab, so hat die vereinbarte Ausscheidung einzelner Stockwerke und Gelasse für die einzelnen Betheiligten allerdings keine andere Bedeutung, als die einer Vereinbarung und keine andere Wirkung, als die der Begründung von Forderungsrechten zwischen den Interessenten. [38] Und zwar ist dieß auch dann der Fall, wenn die Interessenten eine reelle Theilung der Sache durch solche Vereinbarung vorzunehmen und für den einzelnen Interessenten ein unentziehbares dingliches Recht an dem solchem zugewiesenen Haustheile zu begründen glauben. Denn die Interessenten vermögen die Sätze nicht zu brechen, daß das Eigenthum an dem Baugrunde das Eigenthum an der Superfizies umschließt, und daß Eigenthum, wenn auch nur Miteigenthum, und jus in re aliena in Beziehung auf die gleiche Sache in der gleichen Person sich nicht zu vereinigen vermögen.

Aber das kann immerhin fraglich sein, ob eine solche Vereinbarung über die Benützung, wenn sie nach der Absicht der Parteien dauernde Wirkung haben soll, nicht die Singularsuccessoren bindet und den Anspruch auf Real-

---

[36] Dieses Archiv a. a. O. S. 331—333.
[37] Ebendas. S. 346.
[38] Ebendas. S. 344.

theilung für die Zeit der Fortdauer der betreffenden Benützungsweise aufhebt. Die Quellen erklären nämlich allerdings eine Vereinbarung der Kommunionsinteressenten: „ne omnino divisio fiat“, für nichtig.[39] Aber eine Vereinbarung, welche die Theilung nur für eine bestimmte Zeit ausschließt, soll nicht bloß vollgiltig sein, sondern sogar mehr als vollgiltig dadurch, daß sie auch die Singularnachfolger bindet.[40] Es wird deßhalb mindestens so viel kaum zu beanstanden sein, daß die Vereinbarung über die Benützung auf die Singularnachfolger wirkt, daß solche also an die vereinbarte Benützungsweise gebunden sind, wenn sie die Gemeinschaft selbst nicht aufheben wollen. Zweifelhafter ist, ob Kontrahenten und Successoren diese ihre Aufhebungsbefugniß durch eine derartige Verabredung verlieren. Denn direkt trifft die Zulassung der Verabredung: „ne intra certum tempus dividetur“ Vereinbarungen, wie die in Frage stehende, keinenfalls; im Gegentheil wollen solche die weitere Theilung für immer ausschließen, scheinen also unmittelbar unter das Verbot des pactum ne omnino dividetur zu fallen. Und der Rechtsgedanke, der auf die Zulassung des zeitlichen Ausschlusses führt, liegt ebenfalls nicht so klar vor, daß mit Sicherheit aus ihm Folgesätze entwickelt werden könnten. Nimmt man übrigens auf der einen Seite an, daß dieser Rechtsgedanke die Berücksichtigung der objektiven Zweckmäßigkeit sei,[41] und berücksichtigt man auf der andern Seite, daß durch die Theilung der Benützung der Sache nach die Gemeinschaftlichkeit beseitigt ist, so möchte sich auch die Annahme, daß die Befugniß zur Aufhebung der Gemeinschaft auf-

---

[39] l. 14 §. 2 D. communi div. (10, 3).

[40] l. 14 §. 2 u. 3 D. comm. div. (10, 3); l. 16 §. 1 D. pro socio (17, 2); **Puchta**, Vorlesungen Bd. II §. 373; **Sintenis**, Civilrecht Bd. II §. 102 Note 2, §. 122 Note 14; **Windscheid**, a. a. O. §. 449 Note 14.

[41] vergl.: l. 14 §. 2 cit.: quod etiam ipsius rei qualitati prodest.

gehoben sei, mit Fug vertheidigen lassen. Aber freilich kann dieser Ausschluß nicht wirken einmal über die Zeit hinaus, in welcher die beredete Benützungsweise nach getrennten Hausantheilen fortdauert, und dann für eine Zeit, in welcher sich der Ausschluß der Theilungsbefugniß als objektiv unzweckmäßig herausstellt. Wie dem sei, wenn die unbeanstandete Fortwirkung der Theilung nach Stockwerken und Gelassen nach Dauer, Voraussetzungen und Regelmäßigkeit so gestaltet sein sollte, daß sich in ihr ein selbstständiger Rechtssatz ausspricht,[42] so knüpft dieses Gewohnheitsrecht am wahrscheinlichsten fortbildend an die hier in Frage stehende Bestimmung an. Mit andern Worten: die alte Sitte der Theilung nach Stockwerken und Gelassen, der unbeanstandete Uebergang der so getheilten Räumlichkeiten auf die Successoren, die konstante Ansicht der Theilungsinteressenten wie der Erwerber, daß sie ein nicht durch Theilungsverlangen entziehbares Recht erhalten, das regelmäßige Unterlassen eines solchen Theilungsverlangens auch nach eingetretenem Wechsel in den Personen der Betheiligten beweist, wenn überhaupt einen neuen Rechtssatz, so keinen anderen, als daß in Württemberg durch Theilung nach Stockwerken und Gelassen der Anspruch auf jederzeitige Theilung des Rechtes und der Sache selbst in ähnlicher Weise verschoben werden kann, wie durch ein pactum, ne intra certum tempus petatur.

Ob ein solches partikuläres Gewohnheitsrecht wirklich existirt, vermag ich nicht mit voller Bestimmtheit zu entscheiden, namentlich weil es mir an Anhaltspunkten für die Beurtheilung des numerischen Verhältnisses fehlt, in welchem die Eigenthumsgemeinschaft übrig lassenden Theilungen zu den Superfiziarrechte begründenden Theilungen stehen. Die einzelnen Argumente, welche in der Motivirung des Plenarbeschlusses für ein Gewohnheitsrecht anderen Inhaltes aufgeführt werden, scheinen mir aber aller-

[42] Dieses Archiv a. a. O. S. 345 unten, S. 346.

dings in ihrer Mehrzahl hieher beweiskräftig zu sein und so einer solchen Fixirung des gemeinrechtlich zweifelhaft gebliebenen Punktes eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zu verschaffen (vgl. auch unten V). Eines derselben, nämlich die Berufung auf die ältere Praxis und die Doktrin[43] kommt bei solcher Annahme selbst zu entschieden größerer Bedeutung, als in der Motivirung des Obertribunalbeschlusses. Denn während letztere die konstant festgehaltene Zulassung eines Theilungsantrages im Falle gefährlicher Zwistigkeiten zurückweisen will, ist ein solcher Antrag von dem hier genommenen Standpunkte aus insoferne gerechtfertigt, als in solchen Zwistigkeiten die objektive Zweckmäßigkeit der Benützungstheilung und hiemit die Wirksamkeit der Vereinbarung allerdings ihr Ende erreichen können.[44]

V.

Nach diesen Ausführungen und unter Voraussetzung der Richtigkeit ihrer Resultate läßt sich die im Anfang der Erörterung (I am Schlusse) aufgeworfene Frage, wie mir scheint, mit Sicherheit beantworten, und zwar dahin, daß ein Gewohnheitsrechtssatz des in dem Plenarbeschlusse konstatirten Inhalts nicht existirt. Der bei Weitem gewichtigste Beweisgrund ist die thatsächliche Gestaltung der Dinge, d. h. das häufige und konstante Vorkommen der mehr besprochenen Theilungen, die Richtung des Willens der bei denselben betheiligten Personen auf die Uebertragung und Erwerbung des ausschließlichen Eigenthums an den ausgeschiedenen Gebäudebestandtheilen, die Vererbung, Veräußerung und Verpfändung der einzelnen Antheile und die Uebereinstimmung der hiebei eintretenden Behandlung

---

[43] Dieses Archiv a. a. O. S. 348 ff., 360 ff.

[44] Eine in manchen Beziehungen analoge Entscheidung des K. Obertribunals vom 26. Juni 1865 vergl. in diesem Archive Bd. XII, S. 386 ff.

mit der Behandlung bei den auf partes divisae gerichteten Akten desselben Inhaltes, endlich das regelmäßige Verbleiben der Hausantheile in ihrem ursprünglichen Bestande durch alle nachherigen Besitzveränderungen hindurch.[45] Allein die Beweiskraft aller dieser Thatsachen setzt voraus, daß sie sich nur erklären lassen, wenn an den ausgeschiedenen Theilen Sondereigenthum möglich ist. Sobald dieß nicht der Fall ist — und daß dem allerdings so ist, glaube ich unter III und IV nachgewiesen zu haben — verlieren sie ihre Bedeutung für das Thema probandum. Dieß könnte nur etwa beanstandet werden einmal bezüglich der regelmäßigen Richtung der Absicht der Interessenten gerade auf Eigenthumsübertragung und Eigenthumserwerbung, und dann bezüglich der Behandlung der Gebäudeantheile im Verkehre. Allein in ersterer Beziehung ist wohl zu beachten, daß nicht die Anschauungen des Volkes über die rechtliche Natur gewisser thatsächlicher Verhältnisse zu objektivem Rechte werden und werden können, sondern die im Leben des Volkes in praktischer Anwendung hervortretenden Sätze. Zu diesen Sätzen aber gehört nicht, daß jeder Theilungsinteressent Alleineigenthümer der ihm zugeschiedenen Gebäudebestandtheile werde; wohl aber daß der einzelne Interessent die beredete Theilung weder ändern könne, noch ändern zu lassen brauche; daß der festgesetzte Theil unverändert auf Erben und Singularsuccessoren übergehe; daß auch diese Gesammt- und Einzelnachfolger weder Recht noch Pflicht zu Aenderung und erneuter Theilung haben. Die Behandlung der Antheile im Verkehre ferner wäre nur dann von Bedeutung für die Annahme eines dominium divisum, wenn die Theilung durch Begründung von Superfiziarrechten und durch Zerlegung in partes indivisae mit Vereinbarung über deren Benützung, oder die Uebertragung der Superfiziarrechte und der partes divisae nicht in der für die eigentliche

---

[45] Dieses Archiv a. a. O. S. 342—345.

Realtheilung und für Uebertragung von partes divisae vorgeschriebenen und bei den betreffenden Verhältnissen üblichen Weise geschehen könnte, was nicht der Fall ist.

Der Inhalt der älteren und neueren Gesetze und Verordnungen, welcher in zweiter Linie angezogen wird,[46] wird allerdings, wie dieß in den Motiven zu dem Plenarbeschlusse ausgeführt ist, dahin verstanden werden dürfen, daß unter den in solchen erwähnten „Theilungen" und „Zertrennungen" auch die Theilungen der Gebäude nach Stockwerken und Gelassen mitinbegriffen sind. Allein die Gesetze konstatiren nicht weiter, als daß eine solche Zerlegung zulässig ist und als Theilung aufgefaßt werden kann. Läßt nun dieß auch den Schluß zu, daß derartige Operationen in ihren praktischen Resultaten von den Konsequenzen einer wirklichen Realtheilung nicht oder nicht erheblich verschieden sein können, so ist doch hiemit eine auch nur indirekte Anerkennung des Alleineigenthumes an den einzelnen Stockwerken und Gelassen nicht gegeben.

Auch die im Archive[47] angeführten Aeußerungen von Schriftstellern über württembergisches Recht lassen, so weit sie unter sich übereinstimmen, keinen Schluß auf eine weitergehende Rechtsanschauung zu. Die fast allgemein beigefügte Zulassung einer Lösung der noch vorhandenen Gemeinschaft im Falle erheblicher Zwistigkeiten zwischen den Interessenten steht vielmehr, wie unter IV am Ende bemerkt worden ist, einem Schlusse auf dominium divisum in nicht unerheblichem Grade entgegen.

VI.

Wenn ein Sondereigenthum an einzelnen Stockwerken und Gelassen eines Gebäudes nach württembergischem sowenig, als nach gemeinem Rechte möglich ist, sollte nicht die Erlassung einer neuen Bauordnung dazu benützt wer-

---

[46] Dieses Archiv a. a. O. S. 346—360.

[47] a. a. O. S. 350, 356, 360 ff.

den, demselben gesetzliche Anerkennung zu verschaffen? Sicherlich nicht, wenn die unter II entwickelten Bedenken richtig sind. Denn die Prinzipien, gegen welche ein solches dominum divisum verstoßt, werden durch die neue Bauordnung, wenigstens so wie sie im Entwurfe vorliegt, nicht aufgehoben. Der hauptsächlichste Anstand, die durch die Natur der Sache gegebene Einheitlichkeit des Gebäudes, kann überhaupt durch die Gesetzgebung nicht beseitigt werden. Den besten Beweis liefert Art. 73 Abs. 1 des Entwurfes der Bauordnung, der eine unbillige Konsequenz des Accessionsprinzipes beseitigen will, dieß aber mit Recht nicht dadurch zu bewerkstelligen versucht, daß er, was anscheinend am nächsten läge, das Eigenthum an dem Gebäude von dem Eigenthume an dem Baugrunde trennt, sondern dadurch, daß er das Gebäude unter gewissen Schranken dem Baugrunde gegenüber als die Hauptsache anerkennt (vgl. auch Motive S. 63).

Hiemit will indeß nicht gesagt werdn, daß es nicht zweckmäßig wäre, das Verhältniß an den nach Stockwerken und Gelassen getheilten Gebäuden in dem projektirten Gesetze einer Regelung zu unterwerfen. Dieß möchte vielmehr in hohem Grade als geboten erscheinen. Das Verhältniß selbst kommt ziemlich häufig vor; die Streitigkeiten, die aus solchem entstehen, sind verhältnißmäßig zahlreich; die leitenden Rechtssätze können kaum schwankender und unsicherer gedacht werden. Die Regelung hätte wohl am zweckmäßigsten von dem unter IV eingenommenen Gesichtspunkte aus zu geschehen, und wäre mindestens zu erstrecken auf die Frage: unter welchen Umständen, der Benützungstheilung unerachtet, reelle Theilung verlangt werden kann? über die Vornahme einseitiger baulicher Aenderungen, und über die Kosten der baulichen Reparaturen und Aenderungen.

Fragmente.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Statutenkollision bezüglich der Form obligatorischer Verträge; Jurisdiktionsvertrag mit Bayern.

Joseph K. von Wagenhofen, K. württemb. Oberamts Neresheim, seit Jahren wohnhaft in Unterbächingen, K. bayerischen Landgerichts Lauingen, stellte am 22. Mai 1865 in Aufhausen, Oberamts Neresheim, dem Israeliten Jakob W. von Aufhausen eine Schuldurkunde aus, worin er sich vertragsmäßig verpflichtete, dem letzteren den Betrag zweier Wechsel mit zusammen 500 Gulden in 6 Jahreszielern nebst 5 Prozent Zinsen zu bezahlen. Zugleich machte sich hiefür Alois K. von Neresheim als Bürge und Selbstzähler verbindlich. Als nun der letztere von dem Gläubiger Jakob W. vor den württembergischen Gerichten auf Bezahlung belangt wurde, wandte derselbe ein, daß der Vertrag des Gläubigers mit dem Hauptschuldner, als ohne Mitwirkung der Gerichtsbehörde geschlossen, nach den hier maßgebenden K. bayerischen Gesetzen nichtig und in Folge der Nichtigkeit des Hauptvertrages auch der Bürgschaftsvertrag ungiltig sei. Denn es handle sich um den Vertrag eines Juden, des Gläubigers, mit einem Christen, dem Hauptschuldner, der zur Zeit des Vertrages, wie noch

jetzt, seinen Wohnsitz in Bayern gehabt, der somit unter der Herrschaft der bayerischen Gesetzgebung stehe, deren Schutz ihm ebendaher auch zu Statten kommen müsse. Dieser bestehe aber darin, daß, von Wechselgeschäften abgesehen, obligatorische Verträge zwischen Juden und Christen nur dann als giltig anerkannt werden, wenn sie vor der Gerichtsbehörde geschlossen seien. Ob der christliche Kontrahent bayerischer Unterthan sei oder nicht, sei unerheblich, entscheidend sei nur, daß er seinen Wohnort in Bayern habe. Auch daß der Vertrag in Frage in Württemberg geschlossen worden, ändere nichts. Denn die Frage der formellen Giltigkeit des Vertrages müsse, wenn es sich um schützende Formen gegen Uebervortheilungen der Kontrahenten handle, nach den Gesetzen des Wohnortes desjenigen Kontrahenten beurtheilt werden, welcher durch das Gesetz geschützt werden solle, also in vorliegendem Falle des Christen, da die Formvorschrift ihrem Zwecke nach nicht sowohl den Charakter einer blosen Solennität der Handlung an sich trage, als vielmehr die Person des kontrahirenden Christen selbst berühre. Der Richter erster Instanz erachtete jedoch diesen Einwand nicht als gegründet, weil für die Frage der Giltigkeit des in Württemberg geschlossenen Vertrages die württemb. Gesetze entscheiden. Diese Entscheidung wurde von dem Beklagten als nichtig angefochten, weil solche gegen die Bestimmung des Art. 22 des Jurisdiktionsvertrages mit Bayern verstoße, welcher bestimme, daß die Giltigkeit von Rechtsgeschäften rücksichtlich ihrer Form nur dann nach den Gesetzen des Eingehungsortes zu beurtheilen sei, wenn nicht die Handlung selbst gegen ein verbietendes Gesetz des einen Staates verstoße, was hier zutreffe.

Die Nichtigkeitsklage kam, da sie vor der mündlichen Verhandlung wieder zurückgenommen wurde, nicht zur gerichtlichen Entscheidung, in den Notizen des Obertribunalreferenten findet sich aber darüber folgende Ausführung:

Auch der Jurisdiktionsvertrag mit Bayern vom 21.

August 1821 anerkennt im Art. 22 den Grundsatz des internationalen Privatrechtes, wornach die Form eines obligatorischen Vertrages sich nach den Gesetzen des Eingehungsortes richtet,[1] sofern im Art. 22 gesagt ist, daß die Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf den Todesfall, was die Giltigkeit derselben rücksichtlich ihrer Form betreffe, nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen seien, wo sie eingegangen worden, und nur für den Fall eine Ausnahme hievon gemacht ist, wenn die Handlung selbst einem verbietenden Gesetze des einen Staates entgegen sei.[2] Diese Ausnahme trifft aber im vorliegenden Falle nicht zu. Denn nach den eigenen Anführungen des Bekl. ist der Abschluß eines Vertrages der fraglichen Art zwischen Juden und Christen auch im Königreich Bayern etwas durchaus Erlaubtes und die Handlung des Vertragsschlusses nicht verboten, sondern für solche Verträge nur die Beobachtung einer gewissen Form, nemlich die Schließung vor der Gerichtsbehörde, vorgeschrieben. Sonach hat der vorige Richter, indem er die Regel zur Anwendung brachte, wonach die Giltigkeit eines Vertrages rücksichtlich der Form desselben nach den Gesetzen des Eingehungsortes zu beurtheilen ist, hiemit gegen die Bestimmung des Art. 22 des Jurisdiktionsvertrages mit Bayern in keiner Weise verstoßen.[3]

In einem von dem Bekl. angezogenen Erkenntniß des Oberappellationsgerichtes zu München vom 21. Okt. 1834 ist zwar die Ansicht aufgestellt, daß in einem Falle, wie der vorliegende, wo der durch Kontrakt sich gegen einen Juden verpflichtende Christ unter der Herrschaft einer Gesetzgebung stehe, welche ihn gegen allenfallsige Uebervortheilungen durch die Bestimmung der Ungiltigkeit eines, ohne

---

[1] Wächter, württ. Privatrecht Bd. II, S. 114 ff.; Savigny, System Bd. VIII, S. 354; sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 9; preuß. Landrecht Thl. I, Tit. 5, §. 111.

[2] Reyscher, Gerichtsgesetze Bd. VII, Abth. 2, S. 104.

[3] Vergl. württ. Archiv Bd. XI, S. 176, 177.

Dazwischenkunft seiner Gerichtsbehörde mit einem Juden geschlossenen Kontraktes schütze, die Beurtheilung der Frage über die formelle Rechtsbeständigkeit des Vertrages nach Maßgabe der Gesetze des Wohnortes und persönlichen Gerichtsstandes des verpflichteten Christen erfolgen müsse, da sonst einer dem Geschützten nachtheiligen Umgehung des Gesetzes Raum gegeben würde, auch mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes die durch dasselbe angeordnete Vertragsprotokollirung nicht sowohl den Charakter einer bloßen Solennität der Handlung an sich trage, als vielmehr die Person des kontrahirenden Christen selbst berühre.[4] Allein der Art. 22 des Jurisdiktionsvertrages steht diesem direkt entgegen, da derselbe eine Ausnahme von der Regel, welche die Gesetze des Eingehungsortes als für die Form des Vertrages maßgebend erklärt, nur für den einen hier nicht zutreffenden Fall, daß die Handlung selbst, welche in Frage steht, in dem einen Staate verboten ist, festsetzt. Es würde aber zudem der angeführte erste Grund, daß, wenn auf die Gesetze des Eingehungsortes gesehen würde, dieß zu einer dem Geschützten nachtheiligen Gesetzesumgehung führen würde, einer Aufhebung der Regel gleichkommen, da die für Verträge vorgeschriebenen Formen regelmäßig den Schutz des einen oder des andern Kontrahenten bezielen, während der zweite Grund, daß die fragliche Gesetzesvorschrift weniger die Form, als vielmehr die Person des kontrahirenden Christen selbst berühre, offenbar falsch ist. Denn nicht die Fähigkeit der Christen und Juden zu Schließung von Kontrakten mit einander wird durch die fragliche Gesetzesbestimmung aufgehoben oder beschränkt, sie sind auch unter der Herrschaft dieses Gesetzes zu Eingehung von Verträgen mit einander durchaus fähig und bedürfen hiezu Niemandes Zustimmung. Nur für den Vertrag ist durch das Gesetz eine gewisse äußere Form vorgeschrieben; es handelt sich somit lediglich um die äußere Form des

[4] Seuffert, Archiv, Bd. I, S. 42 No. 35.

Geschäftes und über diese entscheiden nach allgemeinen Prinzipien, wie nach der Bestimmung des Jurisdiktionsvertrages, die Gesetze des Eingehungsortes.[5]

Uebrigens kommt im vorliegenden Falle weiter in Betracht, daß beide Kontrahenten württ. Unterthanen sind und vor württ. Gerichten klagen, die Ausnahme des Art. 22 des Jurisdiktionsvertrages, welche offenbar zur Voraussetzung hat, daß die Unterthanen des einen Staates in dem andern Staate einen Vertrag schließen, eben daher überhaupt nicht zur Anwendung wird kommen können.

2) Unmöglichkeit der Leistung in Folge Verlustes des Besitzes während des Prozesses.

Der nach Einleitung des Prozesses[6] auf Seiten des Beklagten eingetretene, durch dolus oder culpa des Beklagten bewirkte Verlust des Besitzes des Streitgegenstandes begründet eine unbedingte Entschädigungspflicht des Beklagten, der Bekl. mag redlicher oder unredlicher Besitzer sein, in einer mora sich befinden, oder nicht. Diese Regel gilt nicht nur für die dinglichen, sondern auch für die persönlichen Klagen, namentlich die Kondiktionen. Es liegt dieß in der omnis causa, zu welcher auch bei letzteren der Beklagte durch die Litiskontestation verpflichtet wird und welche darauf geht, dem Kläger alle Nachtheile zu vergüten, welche aus der Dauer des Rechtsstreites entspringen.[7] Hieran ist durch die Civilprozeßordnung Art. 327 Nichts geändert. Der Entwurf geht nach den Motiven davon aus, daß das gemeinrechtliche Verbot der Veräußerung einer res litigiosa

[5] Wächter, württ. Privatrecht Bd. II, S. 115, 116, insbes. auch Note 67.

[6] Nach Art. 328 der Civilprozeßordnung ist der Eintritt der Rechtshängigkeit der entscheidende Zeitpunkt, und was von der Litiskontestation gesagt ist, muß jetzt von der Rechtshängigkeit verstanden werden.

[7] Savigny, System Bd. VI, S. 167—169; Vangerow, Pand., 7. Aufl., Bd. I, §. 160 S. 254; Windscheid, Pand. Bd. I, §. 124.

nur bei dinglichen Klagen gelte, mit welchen eine Klage als Eigenthum des Klägers gefordert werde. Auch die mit Aufhebung dieses Verbotes dem Kläger eingeräumten Schutzmittel, daß er vom Rechtsnachfolger Aufnahme des Rechtsstreites in seiner dermaligen Lage verlangen und ein den Rechtsnachfolger bindendes Urtheil erwirken kann (Art. 327 Abs. 3 und 4), betreffen nach den Motiven zu dem Art. 337 des Entwurfes,[8] in welchem die jetzigen Abs. 3 und 4 Einen Absatz 3 gebildet haben, nur die Klagen, welche gegen den Besitzer als solchen gehen, nicht die rein persönlichen Klagen. Hievon ist durch die Trennung dieses Absatzes in zwei Absätze, blos weil er zwei selbstständige Vorschriften enthält, Nichts geändert. Nun lautet zwar der erste Satz des Abs. 3 allgemein: „der Beklagte ist durch die Rechtshängigkeit nicht gehindert, den Streitgegenstand zu veräußern" und muß deßhalb und insbesondere wegen des im zweiten Satze durch das Wörtchen „jedoch" ausgedrückten Gegensatzes einer beschränkten Vorschrift allgemein genommen, also auch auf persönliche Klagen angewendet werden. Allein deßhalb darf nicht angenommen werden, daß die vor dem Justinianeischen, nun wieder aufgehobenen Verbot der Veräußerung bestandene, in der Litiskontestation begründete Verpflichtung aufgehoben sei, dem Kläger für den ihm zugefügten Schaden aufzukommen. Dieser allgemeine erste Satz des Abs. 3 muß vielmehr in Verbindung mit Abs. 1: „das Verbot der Veräußerung im Streite liegender Forderungen oder Sachen ist aufgehoben" ausgelegt werden als Folge dieser Aufhebung. Es wollte gesagt werden, durch dieses Verbot ist der Beklagte nicht mehr gehindert zu veräußern, bei dinglichen Klagen, weil es aufgehoben wird, bei persönlichen, weil es für diese nie bestanden hat. Daß aber an der in der Litiskontestation begründeten Verpflichtung Etwas geändert werden wollte, dafür ist, wenigstens für die persönlichen Klagen, keine

[8] Die neue Justizgesetzgebung Bd. II, Abth. 2, S. 94 f.

Spur vorhanden und der Kläger wäre durch Aufhebung dieser Verpflichtung bei allen nur auf Ersatz der Bereicherung gehenden persönlichen Klagen für den Schutz, der ihm dadurch gewährt werden sollte, ohne allen Ersatz. Der Bekl., welcher in gutem Glauben ist, könnte die Sache verschenken und, da er nun nicht mehr bereichert ist, den Anspruch des Klägers ganz vereiteln. Dieß konnte nicht beabsichtigt sein.

Entscheidung des Obertribunals vom 12. Febr. 1870 in der Berufungssache Hartmann c. Hartmann.

3) Eigenthumserwerb durch Tradition.

Nach der richtigen Ansicht wird das Eigenthum durch Tradition erworben, wenn hiebei nur die Absicht beider Theile vorliegt, das Eigenthum zu übertragen. Und die wahre Bedeutung der justa causa traditionis ist, daß damit nur das Kennzeichen dieser Absicht bezeichnet wird, welches in der Regel in dem die Tradition begleitenden Rechtsgeschäfte liegt.[9] Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes, mit Rücksicht auf welches die Uebergabe statt fand, kann den Eigenthumsübergang nicht hindern, wenn es sich nicht von einer verbotenen Veräußerung und damit einer untersagten Tradition selbst handelt.[10]

Entscheidung des Obertribunals vom 12. Febr. 1870 in der Berufungssache Hartmann c. Hartmann.

4) Verfügungen der Eigenthümer eines nach Stockwerken und Gelassen getheilten Hauses über einzelne Theile desselben.

In einem Hause, welches zwischen den beiden Eigenthümern nach Stockwerken und Gelassen abgetheilt war,

---

[9] **Göschen**, Vorl. Bd. II, §. 278; **Puchta**, Vorles. §. 148; **Savigny**, Obligationenrecht Bd. II, S. 254—261; **Windscheid**, Pand. 2. Aufl., Bd. I, §. 171 Note 5; **Seuffert**, Archiv Bd. XIV, Nro. 282; Bd. XIX, Nro. 122; **Sarwey**, Monatschrift Bd. XX, S. 241.

[10] **Göschen**, a. a. O.

wollte der eine Eigenthümer behufs der Einrichtung eines Kaufladens die Stockmauer durchbrechen. Hiegegen wurde von dem andern Eigenthümer Einsprache erhoben, indem er geltend machte, daß die Stockmauer der Natur der Sache nach im ungetheilten Eigenthum beider Hauseigenthümer sich befinde. Diese Einsprache wurde von dem Obertribunal für begründet erachtet und es besagen hierüber die Entscheidungsgründe:

Es ist mit den beiden vorigen Richtern anzunehmen, daß die Stockmauer, welche der Kläger zum Zwecke der Einrichtung eines Kaufladens zu durchbrechen wünscht, in ungetheiltem gemeinsamen Eigenthum der Parteien sich befinde. Zwar sind bei dem Kaufe und der Theilung von 1824 dem Besitzvorgänger des Beklagten und dem Kläger bestimmte Stockwerke und Räumlichkeiten je ausschließlich zugewiesen worden, und durch eine derartige Theilung kann nach württembergischem Rechte der betreffende Theilhaber an den ihm zugewiesenen Gelassen das Sondereigenthum erwerben.[11] Allein auch bei einer solchen reellen Theilung bleiben in Ermanglung einer besondern gegentheiligen Uebereinkunft doch noch manche den gemeinsamen Zwecken dienenden Bestandtheile des Gebäudes in ungetheiltem (ideellem) Eigenthum der Interessenten. So sind denn im vorliegenden Falle unbestrittener Maßen gemeinschaftlich geblieben: der Hausöhrn, die Treppen und das Dach. Zu den gemeinschaftlichen Theilen gehört aber auch weiter die Stockmauer des Hauses. Der zu durchbrechende Theil derselben befindet sich zwar an der dem Kläger ausschließlich zugetheilten Scheuer und Stallung, allein es ist ihre Bestimmung, das ganze Gebäude zu tragen; sie bildet also das Fundament nicht blos des Sondereigenthums des Klägers, sondern des ganzen zwischen dem Kläger und dem Beklagten (nach Stockwerken und Gelassen) getheilten Hauses. Im Einklang hiemit haben auch die Sachverständigen

[11] Württ. Archiv Bd. XII, S. 329 ff.

sich dahin ausgesprochen, daß die Stockmauer als im gemeinschaftlichen Eigenthum der Parteien befindlich zu betrachten sei.

Die Schlußfolgerungen, welche der Kläger gegen diese Annahme aus dem bezüglich des Grundes und Bodens des Hauses behaupteten Rechtsverhältniß ziehen will, sind nicht begründet. Nach der eigenen Darstellung des Klägers befinden sich die dem Beklagten gehörigen Parterreräumlichkeiten, sammt der darunter befindlichen area, in dessen Sondereigenthum, die Hausgänge und Treppen sammt dem diesen entsprechenden Theile der area in seinem Miteigenthum. Nun hat aber der Besitzvorgänger des Beklagten die Hälfte an der fraglichen Behausung erkauft, das ganze Haus ist sofort zwischen dem Kläger und dem Käufer im Wesentlichen gleich vertheilt worden, wie denn der Kläger selbst eine ganz gleiche Vertheilung des Parterreraumes behauptete, und die in dem Kauf- wie in dem Theilungsvertrage gebrauchten Ausdrücke geben keinem Zweifel darüber Raum, daß dem Käufer gleichartige Rechte wie dem Verkäufer, also volle Eigenthums- und nicht blos dingliche Rechte, eingeräumt werden wollten. Da nun das Gebäude und seine area rechtlich ein Ganzes bildet, und da die den beiden Hausbesitzern eigenthümlich zugehörigen Gelasse sowohl auf dem rechts als auf dem links von der Hausthüre befindlichen Theile der area (und der auf diese gebauten Mauer) ruhen, so ist die Folgerung begründet, daß auch die, in dem Abtheilungsvertrage nicht besonders erwähnte area des Hauses nicht blos theilweise, sondern in ihrem ganzen Umfang in das gemeinschaftliche Eigenthum des Hauskäufers gekommen sei.

Wenn eine Sache im gemeinschaftlichen Eigenthum mehrerer Personen steht, so kann nach den Vorschriften des bestehenden Rechtes der Miteigenthümer gegen den Willen des andern an der Substanz der gemeinschaftlichen Sache nur alsdann Veränderungen vornehmen, wenn solche nach der Bestimmung der Sache (für ihre Erhaltung oder Wie-

derherstellung) nothwendig sind, oder wenn die Veränderung für den Miteigenthümer ganz unschädlich, und es überhaupt für ihn ohne wirkliches Interesse ist, ob das Projekt seines Theilhabers ausgeführt wird, oder unterbleibt.[12]

Von einer für den Bestand der gemeinschaftlichen Mauer selbst nothwendigen Baulichkeit handelt es sich im vorliegenden Falle nicht, sondern nach dem Plane des Klägers soll sie zur Einrichtung eines Ladens für ihn, also zu einem einseitigen Zwecke der einen der beiden Miteigenthümer durchgebrochen werden. Bei Ausführung dieses Bauwesens könnten nach dem Ausspruch der Sachverständigen voraussichtlich nur die Mauerpfeiler an der Ecke des Hauses und an der Hausthüre stehen bleiben; der ganze übrige Theil der Stockmauer müßte herausgenommen und der betreffende Theil des Gebäudes auf Sprießen gestellt werden, wodurch jedenfalls Wand- und Deckenrisse in den oberen Gelassen des Klägers und des Beklagten entstehen würden, welche sich übrigens nach der Ansicht der Sachverständigen ohne weitere Nachtheile spurlos wieder beseitigen ließen.

Wenn der Beklagte gegen die Vornahme eines derartigen Bauwesens Einsprache erhebt, so kann man dieselbe nicht für grundlos erklären. Schon die Sprießung des betreffenden Haustheils ist eine ungewöhnliche und bei geringem Versehen der Arbeitsleute sehr gefährliche Maßregel, welche deßhalb wohl geeignet ist, dem Miteigenthümer und Bewohner des Hauses Anlaß zu ernstlichen Besorgnissen

---

[12] l. 28. D. comm. div. (10, 3); l. 8. l. 27. §. 1. l. 40. D. de serv. praed. urb. (8, 2); Glück, Komm. Bd. XI, S. 134, 138; Seuffert, Pand. §. 56; Sintenis, Civilrecht Bd. I, §. 47, N. 11; Holzschuher, Theorie und Kas. Bd. II, 1. S. 73, Bd. II, 2. S. 838; Hufnagel, Mitth. Bd. II, S. 112 ff.; Tafel, Rechtsspr. Bd. III, S. 203, Bd. VI, S. 319 ff.; Württ. Bauordnung, Tit. „von gemeinen Wänden“. Entwurf einer Bauordnung für Württemberg von 1869. Motive S. 61, 63.

zu geben, und dieser Gefährdung wird der Beklagte damit nicht überhoben, daß ihm, wenn einmal der Schaden eingetreten, dessen spätere Beseitigung oder Ersatzleistung wegen desselben in Aussicht gestellt wird.

Die Einwendung, daß auch die an sich ungefährlichste bauliche Veränderung durch ungeschickte Ausführung zu einer gefahrbringenden werden könne, erscheint nicht als zutreffend. Eine wirklich nothwendige Baulichkeit an einer gemeinschaftlichen Sache darf natürlich nicht deshalb überhaupt abgelehnt werden, weil sie möglicherweise ungeschickt ausgeführt werden könnte. Wenn dagegen ein Bauwesen an der gemeinschaftlichen Sache nicht nothwendig ist, sondern lediglich aus einseitigem Belieben des einen Miteigenthümers unternommen werden will, so muß der andere Theilhaber für befugt erklärt werden, diesem Vorhaben entgegenzutreten, wofern es sich nicht etwa zeigt, daß er hiezu gar keinen plausibeln Grund habe. Solche Gründe können aber, wie hier, gerade in der besondern Beschaffenheit des beabsichtigten Bauwesens zu finden sein.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. März 1870 in der Appellationssache Burkhardt c. Bühler.

5) Benützung einer gemeinschaftlichen Einfahrt.

Eine zwischen zwei Häusern befindliche im gemeinschaftlichen Eigenthum der Nachbarn befindliche Einfahrt wurde in Folge der Erbauung einer Fabrik in dem Hofe des einen der Nachbarhäuser von dessen Eigenthümern häufiger als früher und mit schwererem Fuhrwerk befahren, wodurch sich der andere Eigenthümer der Einfahrt belästigt fand und daher verlangte, daß den Miteigenthümern die Befahrung der Einfahrt mit schwerem Fuhrwerk untersagt werde. Dieses Verlangen wurde zurückgewiesen und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Zwar gilt bezüglich des Verhältnisses mehrerer Miteigenthümer unter sich der Grundsatz, daß kein Miteigen-

thümer gegen den Willen des andern über die gemeinschaftliche Sache verfügen darf — l. 28. D. comm. div. (10, 3); l. 27, §. 1. D. de serv. praed. urb. (8, 2): l. 11. D. si serv. (8, 5). — Allein dieser Grundsatz greift nicht Platz, wenn es sich nur um eine dem Zwecke und der Bestimmung der gemeinschaftlichen Sache entsprechende Benützung der Sache und um die Ausübung eines in der Gemeinschaft der Sache begründeten Rechtes handelt, wie dieß im vorliegenden Falle zutrifft.[13] Der in Frage stehende gemeinschaftliche Raum zwischen den beiden Häusern Nro. 39 und 41 ist dazu bestimmt, als Zufahrt zu den Höfen und Hintergebäuden der beiden Häuser zu dienen, und es ist dieselbe für das Haus Nro. 39 insbesondere unentbehrlich, da zugestandenermaßen ein anderer Weg nicht besteht, auf welchem in den Hof der Beklagten gefahren werden könnte. Demgemäß ist auch in dem Kaufbriefe vom 27. Juli 1797 bestimmt, daß die Einfahrt 8′ breit bleiben und von keinem Theile verbaut oder versperrt werden, sondern für Beide nach Belieben gebraucht werden solle. Wenn daher die Beklagten die Einfahrt zum Fahren in ihren Hof, ihrem Bedürfnisse entsprechend, benützen, machen sie lediglich von einem ihnen vermöge ihres ideellen Miteigenthumsrechtes zustehenden Rechte Gebrauch, ohne über das Ganze zu verfügen, und es kann daher der Kläger diese in dem Zwecke der Gemeinschaft begründete Benützung der Einfahrt den Beklagten nicht verwehren. Auch der Umstand, daß die Beklagten die Einfahrt in Folge vermehrten Bedürfnisses häufiger benützen und daß sie mit zweispännigen Wagen und schwererem Fuhrwerk durch die Einfahrt fahren, kann für sich ein Einspracherecht des Klägers nicht begründen. Zwar steht dem Kläger dasselbe Benützungsrecht der Einfahrt, wie den Beklagten,

---

[13] Seuffert, Archiv Bd. VIII, Nr. 345, Bd. XIII, Nr. 24; Hufnagel, Mitth. Bd. II, S. 112 ff.; vergl. jedoch Windscheid, Pand. Bd. I, §. 169a

zu und es darf durch die Benützung seiten der Beklagten dieselbe Benützungsweise durch den Kläger nicht ausgeschlossen werden. Allein dies ist von dem Kläger selbst nicht behauptet und könnte nur zu der Nothwendigkeit einer richterlichen Normirung des gegenseitigen Gebrauches, nicht aber zu einem Verbote der Benützung der Einfahrt in der von dem Kläger beanstandeten Richtung führen. Ob früher, wie der Kläger behauptet, nur mit einspännigen Wagen durch die Einfahrt gefahren wurde, weil damals kein weiteres Bedürfniß vorgelegen, ist unerheblich. Denn hiedurch wurde an dem Rechte der beiden Miteigenthümer, die Einfahrt nach Belieben als solche zu gebrauchen, Nichts geändert.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. März 1869 in der Berufungssache Müller c. Engelmann.

6) Laubstreuleserecht.

a) Die Gemeinde Scheppach beanspruchte das Recht, in den auf ihren Markungen gelegenen herrschaftlichen Waldungen, das abgefallene Laub unentgeltlich und mit Ausschluß jedes Dritten auflesen zu dürfen. Sie stützte dieses Recht unter Anderem auf eine in Württemberg allgemein giltige Vorschrift, wonach einer Gemeinde, welche in einem Walde das Viehweiderecht habe, als annexum hievon auch das Streuleserecht zustehe. Diese Klagbegründung wurde nicht für zutreffend erkannt und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Die Behauptung, daß mit der Viehweide in einem Walde von selbst auch das Streuleserecht verbunden sei, gründet die Klägerin hauptsächlich auf eine Resolution der vormaligen herzoglich württembergischen Regierung vom 26. August 1783 in einer Streitigkeit zwischen den Einwohnern zu Unter- und Oberheinrieth und der Fürstlich Löwenstein'schen Herrschaft, in welcher Resolution die Stelle vorkommt: „Da bisher den herzoglichen Unterthanen, welche

in einem Walde den Weidgang gehabt, auch das Laubrechen zugelassen worden sei."

Aus den vorliegenden Archivalakten geht hervor, daß im Jahre 1782 die fürstlich Löwenstein'sche Regierung die Anordnung getroffen, „daß in keiner Gegend der fürstlichen Waldungen Laub gerecht werden solle, bis vorher der fürstliche Jäger zu Wildeck die Gegend dazu ausgezeichnet und angewiesen haben werde, zu welchem Ende die Vorsteher derjenigen Gemeinden, „welche das Laubrechen hergebracht haben, sich jederzeit bei gedachtem Jäger behörig melden und die Auszeichnung der Schläge nachsuchen sollen"; daß sodann „die fürstlich Löwenstein'sche Kanzlei das Ansuchen gemacht, dem Oberamt Beilstein aufzugeben, seinen Amtsuntergebenen, welche in den Abstätter Waldungen Holz zu lesen und Laub zu rechen befugt seien, diese Verordnungen zu publiziren und ihnen die Beobachtung derselben einzuschärfen". Gegen diese Verfügung beschwerten sich die Kommunvorsteher des Heinriether Stabs bei der herzoglichen Regierung und baten „um Manutenenz bei dem uneingeschränkten Besitze des Laubrechens in den fürstlich Löwenstein'schen Waldungen zu Abstatt und um Aufhebung der fürstlich Löwenstein'scher Seits deßfalls gemachten Einschränkungen und Verordnungen." Die herzogliche Regierung überzeugte sich aber nach eingeholten Berichten, daß die von der Löwenstein'schen Kanzlei gemachten Anordnungen ebenso billig als legal und der Löwenstein'schen Verfassung vollkommen angemessen seien. Durch eine im Jahre 1775 ergangene Spezialresolution sei ausdrücklich festgesetzt worden, „daß, weil durch das Laubrechen den Waldungen an ihrem Holzwerk großer Schaden zugefügt werden könne, dasselbe überhaupt nur an unschädlichen Orten erlaubt werden solle. Mithin gebühre den herzoglichen Oberforstämtern, so wie in dem gegenwärtigen Falle dem fürstlich Löwenstein'schen Jäger zu Wildeck allerdings das Recht, zu beurtheilen oder zu bestimmen, in welchen Waldungen solche Gerechtigkeit ohne

Schaden ausgeübt werden könne, da sodann, wenn dieses bestimmt sei, den Unterthanen, welche das Laubrechen hergebracht, dasselbe an unschädlichen Orten nicht schwer gemacht werden dürfe." Die hienach auf die Beschwerde der Kommunvorsteher ergangene Entscheidung der herzoglichen Regierung wurde auch unterm 31. Januar 1785 vom Herzog genehmigt und hierauf selbst auf eine Interzessionalbitte des landschaftlichen engeren Ausschusses unterm 15. Dezember 1785 beharrt.

Aus diesen Verhandlungen geht hervor, daß es sich bei der damaligen Differenz nur von der Beschränkung des Laubsammelns auf besonders anzuweisende Orte handelte. Das Recht des Laubsammelns der betreffenden Gemeinden an sich war nicht bestritten; vielmehr hatten dieselben nach einem Berichte des Oberamts Beilstein vom 31. Mai 1783 seit unvordenklichen Zeiten und mehr als 200 Jahren in den Löwenstein'schen Waldungen die Weidgangsgerechtigkeit und die Befugniß, Laub zu rechen und Holz zu lesen ausgeübt, und zwar vermöge wahren Rechtes und nicht durch bloße Vergünstigung. Die herzogliche Regierung hatte folglich auch keine unmittelbare Veranlassung, sich über das Recht zum Streulesen an sich auszusprechen. Wenn dieses demungeachtet in der Art geschah:

> „Diese Gerechtigkeit sei nirgends im ganzen Lande in einem Lagerbuche zu finden, sondern beruhe ganz allein auf dem Herkommen, da bisher den herzoglichen Unterthanen, welche in einem Walde den Weidgang gehabt, auch das Laubrechen zugelassen worden sei",

so kann nicht angenommen werden, daß hiemit eine dispositive Bestimmung habe getroffen werden wollen, sondern es erscheint diese Aeußerung als eine für die Entscheidung des damaligen Streites irrelevante Ansicht der herzoglichen Regierung, welche weit davon entfernt ist, auf allgemeine Giltigkeit in allen ähnlichen Streitfällen Anspruch machen zu wollen.

Es steht diese Aeußerung auch ganz vereinzelt und

wird durch die sonst bekannten Verordnungen und Grundsätze der Forstverwaltung nicht unterstützt, namentlich nicht durch die Spezialresolution vom Jahre 1775, auf welche sich in obiger Verfügung der herzoglichen Regierung berufen ist.

Nachdem nämlich unterm 8. Juli 1774 die herzogliche Rentkammer ex speciali resolutione D. D. eine Verordnung über das Laubrechen an die herzoglichen Oberforstämter erlassen und hierin festgesetzt hatte, wie es in den herrschaftlichen Waldungen, in welchen die Laubrechensgerechtigkeit lagerbüchlich hergebracht sei, gehalten werden solle, mit dem Anfügen, daß, wo keine Gerechtigkeit zum Laubrechen in den herrschaftlichen Waldungen obwalte, ein billiger Ansatz nach Wagen, Karren und Traget gemacht werden solle; machte der landschaftliche größere Ausschuß unterm 18. Januar 1775 eine Vorstellung darüber, daß die unentgeltliche Laubrechensgerechtigkeit auf die Lagerbücher eingeschränkt und dadurch verursacht worden sei, daß die Oberforstämter den Kommunen, welche ihre Befugniß aus dem alten Herkommen hergeleitet und nicht in den Lagerbüchern damit gegründet gewesen, das unentgeltliche Laubrechen in den herrschaftlichen Waldungen nicht mehr haben gestatten wollen. Unterm 8. Mai 1775 erging nun eine Signatur an den landschaftlichen größeren Ausschuß, worin ausgesprochen ist, daß Se. herzogliche Durchlaucht „die unentgeltliche Laubrechensgerechtigkeit in den herrschaftlichen Waldungen nicht auf die Lagerbücher eingeschränkt, sondern überhaupt den Kommunen, welche dazu berechtigt seien (inmaßen zerschiedene Kommunen im Lande das Laubrechen erweislichermaßen in älteren und neueren Zeiten bezahlt haben), solches zugesprochen und darunter auch die Gerechtigkeit der Observanz und Herkommens jeden Ortes verstanden haben.“ Dieselben Grundsätze wurden dann auch unterm 4. Juli 1775 durch die herzogliche Rentkammer ex spec. resol. D. D. an sämmtliche Oberforstämter ausgeschrieben und hierin insbesondere anbe-

fohlen, „diejenigen Kommunen und Unterthanen, welche sich um das unentgeltliche Laubrechen in unsern Waldungen nicht lagerbuchmäßig, sondern nur aus altem Herkommen und rechtmäßig entstandenen Besitz bewerben werden, dahin anzuweisen, daß sie das angebliche Herkommen und rechtmäßigen Besitz bei herzoglicher Regierung behörig erweislich machen und sich nach Befund der Umstände gnädigen Bescheid gewärtigen sollen."

Vorstehender Inhalt der Spezialresolutionen vom 8. Juli 1774, 8. Mai und 4. Juli 1775, wie solche aus der bei dem Archive des Innern vorhandenen Hartmannschen Reskriptensammlung entnommen sind, spricht nur dafür, daß hinsichtlich der Laubrechensgerechtigkeit einem erweislichen Herkommen die gleiche Kraft, wie einem Eintrag in Lagerbüchern beigelegt werden solle; davon aber, daß aus der Viehweidegerechtigkeit ipso jure auch die Laubrechensgerechtigkeit fließe, ist kein Wort in den Verordnungen enthalten. Daß aber die unterm 4. Juli 1775 an sämmtliche Oberforstämter ausgeschriebene Spezialresolution vom 4. Juli 1775 und keine andere in dem oben erwähnten Dekrete an das Oberamt Beilstein vom 26. August 1783 gemeint war, geht nicht nur aus der Uebereinstimmung des Inhalts derselben mit den in diesem Dekrete allegirten Worten, sondern auch daraus hervor, daß nach einem beigebrachten Zeugniß des Archives des Innern eine anderweite Spezialresolution von 1775 über diesen Gegenstand bei den einschlagenden Aktensammlungen sich nicht vorfindet. Eine allgemein giltige Vorschrift der Art, wie die Klägerin behauptet, ist somit nicht erwiesen.

Entscheidung des Obertribunals vom 1./11. März 1845 in der Appellationssache der Gemeinde Scheppach c. K. Finanzverwaltung.

b) Auch die Parzellargemeinde Etzlenswenden gründete ihren Anspruch auf den Bezug von Laubstreunutzungen aus gewissen Staatswaldungen hauptsächlich darauf, daß in landesherrlichen Verfügungen der Grundsatz als ein gesetzlich feststehender anerkannt worden sei, daß da, wo

Waldweideberechtigungen bestehen, (an deren Stelle) wirkliche Streunutzungsgerechtsame einzuräumen seien und daß in Folge hievon, da der klägerischen Gemeinde ein Waldweidrecht in den herrschaftlichen Waldungen zugestanden habe, der Genuß von Laubstreu, in welchem sie sich erweislichermaßen befunden habe, als auf privatrechtlicher, die frühere Waldweideberechtigung repräsentirender Gerechtsame beruhend zu betrachten sei.

Auch dieser Anspruch wurde nicht als gegründet erkannt und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen ausgeführt:

Daß die Waldweide eine von Benützung des Laub-erzeugnisses in den Waldungen wesentlich verschiedene Waldnebennutzung sei, ist für sich einleuchtend. Als Förderungsmittel für die Viehhaltung und für die Landwirthschaft ist zwar Beides nahe verwandt; dagegen ist es eine bekannte Sache, daß die Entblößung des Waldbodens von dem Laubabfalle den Bestand der Waldungen, den Holznachwuchs, ungleich mehr gefährdet, als eine Abweidung des Waldgrases zu fährigen Zeiten. Zwar ist die absolute Schädlichkeit der Waldstreunutzungen für die Forstkultur erst in Folge der neueren Fortschritte in der Agrikultur-Chemie gründlicher erkannt und zum Gegenstand eingehender öffentlicher Erörterungen gemacht worden, und man ist in neuerer Zeit zu der Einsicht gelangt, daß die Interessen der Forstkultur die Ablösung der Streunutzungen, welche auf Gerechtsamen beruhen, dringend erheischen.[14] Indessen zeigen die schon in älterer Zeit den Forstaufsichtsbeamten in verschiedenen herzoglichen Reskripten ertheilten Weisungen über Einschränkung und Ueberwachung der Abgabe des Streuerzeugnisses in den herrschaftlichen nicht nur, sondern auch in den Kommun- und Privatwaldungen, daß

---

[14] vergl. Memminger, Beschr. von Württemberg von dem politisch-topogr. Bureau S. 539, 540 und Note 1; hiezu 3. Aufl. v. 1841, S. 401.

man längst auf die Wichtigkeit einer wenigstens theilweisen Erhaltung des Laubabfalls für die Forstkultur aufmerksam war.

Um so mehr ist man darauf hingewiesen, die Einräumungen von Laubnutzungen aus herrschaftlichen Waldungen, wie sie in älteren Zeiten den Grundholden und Unterthanen zur Emporbringung ihrer landwirthschaftlichen Oekonomie gemacht wurden, und zwar unverkennbar auf Grund eines beiderseitigen Interesses, nicht ohne zwingende Gründe im Sinne einer Belastung des betreffenden Waldareals mit einer privatrechtlichen Gerechtsame auf Wegnahme des Laubabfalls aus den Wäldern aufzufassen. Im Zweifel muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß die Forstaufsichtsbehörden der auf einer volkswirthschaftlichen Maxime beruhenden Vorschrift der Kommunordnung vom 1. Juni 1758, Kap. III, Abschn. 7, § 9, S. 89, wonach Laubstreu aus herrschaftlichen Waldungen an Gemeinden, bei welchen ein besonderes Bedürfniß deßhalb obwalte, abgegeben werden solle, gefolgt seien, einer Vorschrift, deren Fortdauer als einer volkswirthschaftlichen Maßregel auch aus der Beilage zu dem Verfassungsentwurfe von 1817, §. 31, S. 13 erhellt.

Wenn nun in der herzoglichen Resolution vom 26. August 1783, welche anläßlich einer Streitigkeit zwischen den Einwohnern von Ober- und Unterheinrieth und der fürstlich Löwenstein'schen Herrschaft wegen des Holzlesens und Laubrechens in den Löwenstein'schen Lehenswaldungen erging, gesagt wurde: „daß bisher den herzoglichen Unterthanen, welche in einem Walde den Weidgang gehabt, auch das Laubrechen zugelassen worden sei", so ergibt sich bei näherer Betrachtung aus der Veranlassung jener Resolution, aus dem ganzen Zusammenhang und aus der Fassung der gedachten Worte selbst, daß daraus nicht der nach dem Obigen von der Klägerin aufgestellte Rechtssatz abgeleitet werden kann, sondern daß sie nur die historische Erwähnung einer thatsächlich im Herzogthum bestandenen Uebung

enthalten, welche im Zweifel auf jene in der Kommunordnung ausgesprochene volkswirthschaftliche Maxime zurückzuführen ist.

Aus den vorliegenden Urkunden in ihrer Verbindung untereinander geht hervor, daß es sich bei der damaligen Differenz zwischen den Einwohnern von Heinrieth und der gräflich Löwenstein'schen Herrschaft einzig um die Beobachtung gewisser forstpolizeilichen Anordnungen handelte, welche von der gräflich Löwenstein'schen Regierung zum Schutze der Forstkultur gegen überhandgenommene Unordnungen beim Holzlesen und Laubrechen in ihren Waldungen erlassen worden waren, während die Befugniß der betreffenden Gemeinden zum Holz- und Laubsammeln an sich nicht beanstandet wurde. Da insbesondere das herzogliche Oberamt Beilstein dem Wunsche der Löwenstein'schen Regierung um Bekanntmachung der fraglichen Anordnungen an die betreffenden Bezirksangehörigen sich nicht willfährig gezeigt hatte, so wendete sich die Löwenstein'sche Regierung unterm 22. März 1783 an die herzogliche Regierung in Stuttgart mit dem Ersuchen, in Anbetracht der Verwüstung, welcher die herzoglich Württembergischen Lehenswaldungen durch die eingerissenen Unordnungen ausgesetzt seien, dem Oberamt Beilstein zu befehlen, daß es seinen untergebenen Amts-Unterthanen, welche in den Löwenstein'schen Abstetter Waldungen Holz zu lesen und Laub zu rechen berechtigt seien, die Beobachtung der gedachten Verordnungen ernstlich auferlegen solle, welche der herzoglichen Forstordnung durchaus konform seien.

Nach zuvor von dem Oberamte eingezogenem Berichte erging nun die Resolution der herzoglichen Regierung an das Oberamt Beilstein vom 26. August 1783, in welcher die hieher gehörige Stelle ihrem ganzen Inhalt nach also lautet:

„Belangend hingegen die Verordnungen wegen des Laubrechens in den gedachten Löwenstein'schen Waldungen, so ist diese Gerechtigkeit nirgends im ganzen Lande in

einem Lagerbuche zu finden, sondern beruht ganz allein auf dem Herkommen, da bisher den herzoglichen Unterthanen, welche in einem Walde den Weidgang gehabt, auch das Laubrechen zugelassen worden ist. Diese Observanz haben wir in der anno 1775 deßhalb ergangenen gnädigsten Spezial-Resolution ausdrücklich in dem Maße für giltig erkannt, daß, weil durch das Laubrechen den Waldungen an ihrem Holzwerk großer Schaden zugefügt werden kann, dasselbe überhaupt nur an unschädlichen Orten erlaubt werden solle. Mithin gebührt den herzoglichen Oberforstämtern, sowie in gegenwärtigem Falle dem fürstlich Löwenstein'schen Jäger zu Wildeck allerdings das Recht, zu beurtheilen und zu bestimmen, in welchen Waldungen solche Gerechtigkeit ohne Schaden ausgeübt werden könne, da sodann, wenn dieses bestimmt ist, den Unterthanen, welche das Laubrechen hergebracht, dasselbe an unschädlichen Orten nicht schwer gemacht werden darf."

Es kann einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, daß die hier allegirte anno 1775 ergangene Spezialresolution keine andere ist, als die, allgemeine Bestimmungen hinsichtlich des Laubrechens in den Waldungen enthaltende, Spezialresolution vom 4. Juli 1775, welche sich in der Sammlung der württembergischen Gesetze von Reyscher Bd. XVI, S. 713—715 abgedruckt findet.

Der Zweck der Spezialresolution vom 4. Juli 1775 war, wie die Eingangsworte ergeben, theils eine Erläuterung der herzoglichen Laubrechensordnung vom 8. Juli 1774 in der Hinsicht zu ertheilen, daß, während in jenem Reskript bezüglich des Laubbezuges aus herrschaftlichen Waldungen nur von lagerbuchmäßig hergebrachten Laubrechensgerechtigkeiten die Rede war, auf erhobene Gegenvorstellungen Beruhigung darüber gegeben werden wollte, daß die Meinung niemals dahin gegangen sei, das alte Herkommen und rechtmäßig entstandenen Besitz als Titel zum unentgeltlichen Laubrechen in den herrschaftlichen Waldungen gänzlich auszuschließen, theils aber „die gemeine

Erfüllung des unterm 8. Juli 1774 erlassenen Verhaltungsbefehls" und zwar auch denjenigen gegenüber, welche eine Gerechtigkeit zum unentgeltlichen Laubbrechen schon erwiesen haben oder bei der herzoglichen Regierung behörig erweislich machen würden, ernstlich einzuführen.

Jene Allegation der Spezialresolution von 1775 in dem Erlasse der herzoglichen Regierung vom 26. August 1783 hatte lediglich die Beziehung, darauf hinzuweisen, daß jeder zu Laubnutzungen Zugelassene, auch der förmlich dazu Berechtigte, sich den forstwirthschaftlichen und forstpolizeilichen Beschränkungen zu unterwerfen habe und daß die dießfälligen Anordnungen der Löwenstein'schen Forstverwaltung mit den im Herzogthum bestehenden Verordnungen übereinstimmen. Die durch den Regierungserlaß vom 26. August 1783 zu schlichtende Differenz betraf aber nach der vorhin gegebenen Darstellung einzig die Frage, ob die nutzungsberechtigten Einwohner des Heinriether Stabes sich den in Löwenstein'schen Lehenswaldungen von Forstaufsichtswegen angeordneten Beschränkungen zu unterwerfen haben, eine Frage, welche bejahend entschieden wurde. Ueber das Dasein der Berechtigungen an sich bestand kein Streit und war nicht zu entscheiden, weßhalb den einleitenden Worten des Erlasses, „es sei diese Gerechtigkeit (des Laubbrechens) nirgends im Lande in einem Lagerbuche zu finden 2c.", die Bedeutung einer dispositiven Bestimmung überall nicht beigemessen werden kann. Dieselben erscheinen vielmehr als eine für die Entscheidung des damaligen Streites irrelevante und überdieß mit der Annahme, daß in Württemberg lagerbüchliche Laubbrechensgerechtigkeiten bestehen, wovon in den beiden erwähnten Spezialresolutionen von 1774 u. 1775 ausgegangen wurde, nicht vereinbare Ansicht der herzoglichen Regierung, welche weit davon entfernt war, auf allgemeine Giltigkeit als Rechtsnorm für die Entscheidung von Streitfällen Anspruch machen zu wollen. Insbesondere weist die Fassung der Worte: es sei den herzoglichen Unterthanen, welche den

Weidgang gehabt, bisher auch das Laubrechen zugelassen worden, darauf hin, daß die Verfasser des Erlasses vielmehr die kommunordnungsmäßige Verwilligung von Laubstreu aus volkswirthschaftlichen Rücksichten an bedürftige Gemeinden, als einen dem Weidgang korrespondirenden privatrechtlichen Anspruch auf Laubstreu im Auge hatten, worüber in unseren Rechtsquellen nirgends etwas zu finden ist.

Der von der Klägerin versuchte Nachweis des Bestehens einer Rechtsregel in Württemberg, daß einer Gemeinde, welche ein Waldweiderecht habe, als annexum auch das Streuleserecht zustehe, und daß, wo ein Berechtigter sein Weiderecht einstelle, eine entsprechende Laubstreugerechtsame an dessen Stelle zu treten habe, erscheint sonach als mißlungen.

Entscheidung des Obertribunals vom 2. Mai 1866 in der Appellationssache der Gemeinde Etzlenswenden c. die Staatsfinanzverwaltung.

7) Die Verbindlichkeit zur Erhaltung und zum Betriebe eines Bleichanwesens als Reallast.

Im Jahre 1777 hatte die vormalige Reichsstadt J. die sog. untere Bleiche daselbst, bestehend in einem Wohnhaus, Stadel, Laughaus, Walke, Wasserkraft und einem zu der Bleiche gehörigen Areal von Grundstücken erkauft, sofort aber dieses Anwesen dem dortigen Hospital wieder käuflich überlassen. Im Jahre 1788 wurde dasselbe Anwesen von dem Hospital zu J. an einen gewissen Andreas St. verkauft und in dem §. 1 des Kaufbriefes vom 1. August 1788 bestimmt, es solle das bisher hospitalitische Bleichanwesen an den Käufer „mit der auf diesem Grundstück unwiderruflich lastenden Verbindlichkeit übergehen, daß Alles, was zu dem Fundo der Bleiche gehörig, ewig und unzertrennlich beisammen zu bleiben habe, auch zu ewigen Zeiten als eine Bleiche zu halten sei." Dieser Bestimmung gemäß wurde das Bleichanwesen, auch nachdem es später

weiter veräußert worden, wie zuvor als Bleichgut erhalten und die Bleiche fortbetrieben. Als jedoch im Jahre 1850 Differenzen über den Betrieb der Bleiche entstanden waren, so sah sich der Gemeinde- und Stiftungsrath zu J. veranlaßt, gegen die dermalige Besitzerin des Anwesens, die Standesherrschaft O. J. Klage dahin zu erheben, daß die Beklagten die auf ihrem Bleichanwesen haftende Verpflichtung, die Bleiche sammt der dazu gehörigen Walke zum Gebrauche der Stadtbewohner und namentlich der betreffenden Gewerbetreibenden in fortwährendem Betriebe zu erhalten, anzuerkennen und zu erfüllen haben. Bekl. Seits wurde hiegegen unter Anderem geltend gemacht, daß die angesprochene dingliche Verpflichtung nicht bestehen könne, weil den Käufern der Bleiche eine römisch rechtliche Dienstbarkeit, die in einem Thun nicht bestehen könne, nicht auferlegt worden sei, auch eine deutschrechtliche Reallast in der auferlegten Verpflichtung nicht gefunden werden könne, sofern eine solche Reallast nur eine Vermögensleistung, nicht eine Dienstleistung des Besitzers an den Berechtigten voraussetze. Das Obertribunal war jedoch anderer Ansicht und es enthalten hierüber die Entscheidungsgründe Folgendes:

Fragt man nach der Bedeutung und der rechtlichen Natur des §. 1 des Kaufvertrages vom 1. August 1788, so kann es bei dem unzweideutigen Inhalt dieser Bestimmung keinem Zweifel unterliegen, daß nach der Absicht der kontrahirenden Theile dem damaligen Käufer Andreas St., ebenso zugleich aber auch allen künftigen Erwerbern des Bleichgutes, die Verpflichtung auferlegt werden sollte und wollte, dieses Anwesen in seinem bisherigen Bestande und Betriebe zu erhalten, was nichts Anderes ist, als die Auferlegung einer auf den jeweiligen Besitz des Gutes sich gründenden realen Verpflichtung.

Daß nun diese Verpflichtung, die Bleiche als solche zu erhalten und fortzubetreiben, nicht als Dienstbarkeit im römisch rechtlichen Sinne bestellt werden konnte, bedarf

unter Hinweisung auf den bekannten Rechtssatz, daß Dienstbarkeiten nicht in einem Thun des Verpflichteten bestehen können, keiner weiteren Erörterung. Dagegen kann es einem Bedenken nicht unterliegen, die Giltigkeit der angeführten vertragsmäßigen Bestimmung nach den deutschrechtlichen Grundsätzen über Reallasten oder nach Analogie derselben anzuerkennen.

Bekanntlich sind die Lehrer des deutschen Rechtes über den Begriff und die rechtliche Natur der Reallasten noch keineswegs einig. Die Einen fassen dieselben als dingliche Rechte auf, und zwar zum Theil als dingliche Rechte im römisch rechtlichen Sinne, zum Theil als dingliche Rechte in einem abweichenden deutschrechtlichen Sinne, die andern als Forderungsrechte, wieder Andere als Rechte eines gemischten obligatorischen und dinglichen Charakters. Die Einen zählen zu den Reallasten nur gewisse Rechtsverhältnisse, wie die Grundzinsen, den Rentenkauf, die Zehenten und Frohnen und die Deichlasten. Andere tragen kein Bedenken, die Radizirung auch anderer denkbarer Leistungen für zulässig zu erachten; mit der Wirkung, daß jeder Besitzer des Gutes als solcher zu den auferlegten Leistungen verpflichtet ist. Darin aber sind die Lehrer des deutschen Rechtes nahezu übereinstimmender Ansicht, daß das deutsche Recht, abweichend von den bei der römisch rechtlichen Dienstbarkeit geltenden Grundsätzen, nach den Umständen und in mehr oder wenigen Fällen gestattet, mit dem Besitze eines Gutes auch positive Leistungen des jeweiligen Besitzers zum Vortheil eines Andern zu verknüpfen, d. h. gewisse Leistungen und Verpflichtungen als dingliche Lasten auf ein Gut zu radiziren.

Geht man aber hievon aus, so liegt kein Grund vor, auf Rechtsverhältnisse, welche dem römischen Rechte unbekannt sind, oder ihre Entwicklung zunächst nach deutschen Anschauungen erhalten haben, die erwähnten römisch rechtlichen Grundsätze anzuwenden, und die Anwendung deutsch rechtlicher Grundsätze auf wenige bestimmte Rechtsverhält-

nisse zu beschränken. Vielmehr kann es bei der Frage über die Rechtsbeständigkeit eines besondern Rechtsverhältnisses nur darauf ankommen, ob nach den Umständen, unter denen dieses Rechtsverhältniß von den Betheiligten konstituirt worden, und nach der Art, wie dasselbe in Wirkung zu treten geeignet ist, Etwas im Wege steht, dasselbe unter Ausschluß der Grundsätze der römisch rechtlichen Dienstbarkeit nach der deutschrechtlichen Auffassung, wornach auch gewisse positive Leistungen dem jeweiligen Besitzer eines Gutes als dingliche Verpflichtung auferlegt werden können, zu beurtheilen. In dem gegenwärtigen Falle handelt es sich nun aber von einer bei dem Verkaufe des Bleichgutes von dem verkaufenden Eigenthümer vertragsmäßig dem Käufer für sich und seine Besitznachfolger, d. i. dem Käufer und jedem künftigen Besitzer des Bleichgutes als solchem auferlegten Verpflichtung, das Gut ungetrennt beisammen zu behalten und dasselbe als Bleiche fortzubetreiben. Diese Vertragsbestimmung kann nach römisch rechtlichen Grundsätzen nicht beurtheilt werden. Sie enthält aber offenbar an sich weder etwas Widersinniges noch etwas Unerlaubtes; und wenn in Betracht kommt, daß sie mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse von den kontrahirenden Theilen als eine nothwendige oder wenigstens wünschenswerthe festgestellt wurde, so ist nicht einzusehen, wie die Kontrahenten sollten gehindert gewesen sein, im Wege des Vertrages das Bleichgut oder dessen jeweiligen Besitzer für jetzt und für künftige Zeiten hinsichtlich seiner Veräußerlichkeit und seiner Benützung mit der in dem Kaufvertrage vom Jahre 1788 bezeichneten Beschränkung zu belasten und über eine Vertragsbestimmung übereinzukommen, deren rechtliche Zulässigkeit von den Betheiligten selbst sofort und sodann vom Jahre 1788 während einer Reihe von Jahrzehenten unbeanstandet anerkannt worden ist.

Der in dem Bisherigen begründeten Annahme, daß dem jeweiligen Käufer und Besitzer des Bleichanwesens,

und zuletzt der Beklagten, die dingliche Verpflichtung, das Bleichgut in dem bisherigen Bestande und Betriebe zu erhalten, als eine vertragsmäßige, d. i. als eine privatrechtliche, auferlegt worden sei, ist nun zwar entgegengehalten worden, daß die verkaufende Hospitalpflege und der Magistrat zu J. bei der Auferlegung der gedachten Vertragsbestimmung überall für sich gar nicht betheiligt gewesen seien, und daß der Magistrat, so weit er bei dem Vertragsabschlusse für die Feststellung jener Vertragsbestimmung thätig gewesen, hierbei nicht als Kontrahent, sondern lediglich als polizeiliche Behörde gehandelt habe, und daß ebendeßhalb die fernere Erfüllung der Bestimmung des §. 1 des Vertrages, da dieselbe mit den jetzt bestehenden Bestimmungen der Gewerbeordnung nicht vereinbar sei, überhaupt nicht weiter, jedenfalls aber von dem Kläger nicht verlangt werden könne. Diese Einwendung ist jedoch nicht begründet. Daß der Magistrat zu J. als Gewerbepolizeibehörde gar nicht berechtigt sein konnte, dem Erwerber des Bleichgutes die in Rede stehende Verpflichtung aufzuerlegen, hierüber kann ein Zweifel nicht bestehen, wenn man erwägt, daß den Polizeibehörden nicht zusteht und zu keiner Zeit zugestanden ist, dem Eigenthümer eines Gutes hinsichtlich der Benützung und der Unveräußerlichkeit des Gutes eine das Eigenthum beschränkende Verpflichtung aufzuerlegen, wie solche in dem §. 1 des Kaufvertrages vom Jahre 1788 gegeben ist. Derartige Beschränkungen können vielmehr nur gegen etwaige Vergütung, somit nur im Wege des Uebereinkommens, im Wege des privatrechtlichen Vertrages, herbeigeführt werden, falls dieselben von der Gemeindebehörde im Interesse der Gemeinde oder der in der Gemeinde betriebenen Gewerbe für wünschenswerth erachtet werden. Offenbar ist auch bei dem Vertragsabschlusse vom Jahre 1788 der Magistrat zu J. hievon ausgegangen. Daß aber derselbe im Jahre 1788 ein Interesse hatte, für den Fortbestand und den Fortbetrieb der bisher in dem Besitze des städtischen Hospitales befindlich

gewesenen Bleiche für jetzt und für die Zukunft Sorge zu tragen, und daß er hiezu befugt gewesen, ist mit Grund nicht zu bezweifeln, wenn in Betracht gezogen wird, daß er annehmen konnte, es sei dieser Fortbestand der Bleiche für die jetzige und die kommende Einwohnerschaft, und insbesondere für einen Theil der Gewerbetreibenden und Fabrikanten wünschenswerth und zuträglich, somit auch im Interesse des Gemeindewohles, dessen Vertretung ihm zusteht, überhaupt gelegen. Und wie der Magistrat berechtigt gewesen wäre, gegen Andreas St., den ersten Erwerber des Bleichgutes, falls dieser die Erfüllung der vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung verweigert hätte, auf den Grund des Kaufvertrages von 1788 die Vollziehung der Verpflichtung nöthigenfalls auf dem gerichtlichen Wege in Anspruch zu nehmen, so ist der Gemeinderath in J. an sich auch gegen die Nachfolger des ersten Erwerbers, und jetzt gegen die Beklagte auf das Anerkenntniß und die Fortdauer der Vertragsbestimmung in der angegebenen Beziehung zu bringen berechtigt, nachdem die Beklagte durch den Kaufvertrag vom Jahre 1815, ebenso wie deren Vorgänger, das Bleichwesen mit der darauf ruhenden dinglichen Last erworben hat, solches in seinem ganzen Bestande zu erhalten.

Entscheidung des Obertribunals vom 20./27. April 1866 in der Appellationssache des Gemeinde- und Stiftungsrathes zu J. c. Standesherrschaft Qu. J.

8) Die Verpflichtung des Faustpfandgläubigers zur Ausfolge des Faustpfandes an die Gantmasse seines Schuldners.

Nach dem Pfandgesetze Art. 254, Abs. 3 und dem Prioritätsgesetze vom 15. April 1825 „muß" im Falle eines Konkurses der Gläubiger sein Faustpfand an die Gantmasse abgeben, aus welcher er sodann nach Maßgabe des Prioritätsgesetzes seine Befriedigung zu gewärtigen hat. Diese Bestimmung lautet ganz allgemein und ist daher

wegen der Anziehungskraft des Konkurses und noch mehr in Anbetracht des Umstandes, daß nach dem Ausbruch des Gantes sämmtliche Gläubiger bei dem Erlöse aus dem Pfande betheiligt sind, auch von dem Falle, daß dem Faustpfandgläubiger ein Selbstverkaufsrecht eingeräumt ist, zu verstehen.[15]

Die Verpflichtung des Gläubigers zur Ausfolge des Faustpfandes an die Gantmasse beruht auf dem Gesetze, dem Art. 254 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825, und hat keinen andern Sinn, als daß der Gläubiger, welcher sonst bis zur Tilgung seiner Forderung zur Herausgabe seines Faustpfandes nicht verbunden ist, sich auf dieses sein Retentionsrecht nicht berufen, und zugleich, wenn ihm ein Selbstverkaufsrecht verstattet worden ist, von diesem keinen Gebrauch mehr machen kann, indem gerade hierin, in der Berücksichtigung des Interesses sämmtlicher Gläubiger im Verkaufe durch die Gantbehörde und nach dem Ermessen derselben der Grund liegt, warum das Faustpfand an die Gantmasse abzuliefern ist, wobei im Uebrigen an dem Rechtsverhältnisse des Faustpfandgläubigers Nichts geändert wird, sofern er aus dem Erlöse nach wie vor, vor allen übrigen Gläubigern seine Befriedigung erhält.[16]

Entscheidung des Obertribunals vom 5. Juni 1869 in der Berufungssache K. c. Pfl.

9) Liegenschaftsgesetz; unrichtige Bezeichnung des Tages der Vertragschließung in der Vertragsurkunde.

Ein Kaufvertrag über Gebäude und Grundstücke ist nach Art. 1 u. 2 des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juli

---

[15] Bayer, Konkursprozeß, 3. Aufl., §. 28, S. 75—76; vergl. jedoch über die Frage, ob nicht durch den Art. 310 ff. des Handelsgesetzbuches für kaufmännische Forderungen und Faustpfänder eine Ausnahme begründet worden ist: Württemb. Archiv Bd. IX, S. 384—385, N. 89.

[16] Württemb. Archiv Bd. XI, S. 290—292.

1853 nichtig, wenn die Vertragsurkunde ein Zeitdatum nicht enthält. Dem Mangel des Datum ist ein unrichtiges Datum gleich zu achten. Diese Auslegung der betreffenden Bestimmung des Liegenschaftsgesetzes entspricht dem Wortlaut, sowie dem Zwecke des Gesetzes, Sicherung gegen die bei Liegenschaftsveräußerungen häufig vorkommenden Unlauterkeiten zu schaffen.[17] Insbesondere ist für Fälle, wo auf die Reuzeit nicht verzichtet wird, eine genauere Feststellung der Zeit des Vertragsschlusses von Wichtigkeit.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. April 1867 in der Appellationssache Binder c. Hilb und vom 12. Febr. 1870 in der Berufungssache Hartmann c. Hartmann.

10) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Ortes des Vertragsschlusses in der Vertragsurkunde.[18]

In einer über den Verkauf von Liegenschaft aufgenommenen Urkunde war Michelbach als Ort des Vertragsschlusses genannt, während der Vertrag zwar in Michelbach mündlich vorläufig vereinbart, aber erst in Hall zu Papier gebracht worden war. Hierin wurde ein Verstoß gegen die Bestimmung im Art. 2 lit. d. des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 gefunden, welche die Angabe des Ortes des Vertragsschlusses in der Kaufsurkunde für wesentlich erklärt. Zwar wurde sich hiegegen auf die Bestimmung der l. 3 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5) berufen, wonach als Kontraktsort nicht sowohl der Ort angesehen werde, wo das Rechtsgeschäft verhandelt worden (quo negotium gestum sit), als der, wo das Geld zahlbar sei (der Erfüllungsort, als welcher im gegebenen Falle der Ort Michelbach erscheine). Allein, sagen die Entscheidungsgründe, bekanntlich geht das einheimische Gesetz dem blos subsidiären römischen Rechte vor. Was daher auch die hier nicht näher zu erörternde rechtliche Beziehung der

---

[17] Württ. Archiv Bd. XI, S. 171 ff.

[18] Vergl. ebendaselbst Bd. XI, S. 468 ff.

angeführten Pandektenstelle sein mag, so hat das Liegenschaftsgesetz mit klaren Worten die Angabe des Ortes des Vertragsschlusses in der für die Giltigkeit des Vertrages maßgebenden Urkunde vorgeschrieben, worunter, da eine Uebereinkunft über den Verkauf von Liegenschaften erst dadurch, daß sie in die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form gebracht wird, zur Perfektion, zum Abschluß gelangt, nur der Ort verstanden sein kann, wo der Vertrag seine schriftliche Solennisation erhält.[19]

Es wurde ferner eingewendet, es sei nicht einzusehen, warum in einer Veräußerungsurkunde gerade nur der wahre, nicht aber ein von den Kontrahenten beliebter anderer Ort als Ort des Vertragsabschlusses sollte bezeichnet werden dürfen, und das Gesetz lasse sich füglich dahin auslegen, daß der Ort, welchen die Kontrahenten nach ihrem Belieben als den Ort des Vertragsabschlusses bestimmen wollten, in der Urkunde genannt sein müsse. Allein das Liegenschaftsgesetz muß in Absicht auf die für wesentlich erklärten Formen der Vertragsurkunden nach seinem Buchstaben ausgelegt werden und wenn, wie wohl Niemand wird bestreiten wollen, eine Urkunde, welche überhaupt keinen Ort des Vertragsabschlusses angibt, für wesentlich mangelhaft zu halten ist, so muß der Fall, wenn in der Urkunde ein anderer Ort als der des Vertragsabschlusses angegeben wurde, auf gleicher Linie behandelt werden. Denn alsdann enthält die Urkunde nicht den Ort, an welchem der Vertrag geschlossen wurde, vielmehr einen Ort, an dem er nicht abgeschlossen wurde, sie enthält mit einem Worte den Ort des Vertragsabschlusses nicht.

Für die Nothwendigkeit dieser buchstäblichen Auslegung des Gesetzes läßt sich eine bezüglich der Vorschrift über die Angabe des Tages des Vertragsabschlusses bei der Berathung des Gesetzes in der Kammer der Abgeordneten abgegebene Aeußerung anführen, welche dahin ging:

---

[19] Dieses Archiv Bd. X, S. 449 f.

Wenn nicht genau festgestellt und beurkundet wird, an welchem Tage der Vertrag abgeschlossen worden ist, so ist die Beschränkung des Verzichtes auf die Neuzeit illusorisch, denn es werden alsdann alle mögliche Unterschleife, Betrügereien, Zurückdatirungen vorkommen.[20] Hier wurde also davon ausgegangen, daß die Angabe des Tages des Vertragsabschlusses nothwendig eine richtige sein müsse. Was aber von der Vorschrift der Zeitangabe gilt, muß auch von der in dem gleichen Satze (Art. 2 lit. d.) enthaltenen Vorschrift der Ortsangaben gelten. Ueberhaupt ist durch den wesentlichen Zweck des Gesetzes, den Unlauterkeiten und Uebervortheilungen der Güterhändler zu begegnen, die Voraussetzung nahe gelegt, daß dasselbe hinsichtlich der Beobachtung seiner formwesentlichen Vorschriften Wahrhaftigkeit und ein streng korrektes Verfahren verlange.

Hienach wurde angenommen, daß in der unrichtigen Angabe des Ortes des Vertragsabschlusses ein wesentlicher Formmangel liege, welcher die Nichtigkeit des verabredeten Kaufvertrages nach sich zieht.

Entscheidung des Obertribunals vom 2. Juni 1866 in der Appellationssache Pflugfelder c. Dumbeck.

11) Bürgschaftsvertrag; Unterschiebung eines andern Gläubigers.

Unter Bürgschaft versteht man die Uebernahme der Verbindlichkeit eines Andern neben Diesem zu Gunsten seines Gläubigers; letzterem soll dadurch neben seinem Anspruch an den ursprünglichen Schuldner ein weiterer Anspruch bezüglich derselben Forderung gegen den Bürgen verschafft werden. Einen solchen Anspruch kann der Gläubiger aber nur erhalten, wenn die neue Verbindlichkeit ihm gegenüber von dem Bürgen eingegangen wird. Der Bürgschaftsvertrag ist daher ein Vertrag zwischen dem

---

[20] Verh. der Kammer d. Abg. v. 1851/53 Bd. VI, S. 4364.

Bürgen und dem Gläubiger, und es gehört zur Schließung des Bürgschaftsvertrages auf Seiten des Bürgen eine dem Gläubiger gegebene Zusage, für dessen Schulden Bürge werden zu wollen, und auf Seiten des Gläubigers die Annahme der ihm gethanen Zusage. Nun wird zwar in der Praxis angenommen, daß die Zusage des Bürgen nicht blos einem bestimmten, sondern auch einem noch unbestimmten Gläubiger des Hauptschuldners gegenüber mit rechtlicher Wirkung erfolgen und in letzterem Falle der Bürgschaftsvertrag durch die Annahme des Bürgschaftsversprechens seiten dessen, welcher später Gläubiger des Hauptschuldners geworden, geschlossen werden könne. Allein wenn auch hievon ausgegangen wird, so bleibt es immer noch quaestio facti im einzelnen Falle, ob die Zusage des Bürgen auch wirklich als dem späteren Gläubiger und für die spätere Schuld gegeben sich annehmen läßt.[21]

Georg A. hatte sich urkundlich verbindlich gemacht, für ein von dem Adlerwirth T. dem Müller F. gegebenes zu 4 Prozent verzinsliches Anlehen von 5000 fl. als Bürge und Selbstzähler haften zu wollen. Das Darlehen war jedoch zur Zeit der Ausstellung dieser Urkunde vom Adlerwirth T. noch nicht gegeben und wurde auch später nicht von ihm, sondern von Ludwig V. und zwei weiteren Personen, und nicht zu 4, sondern zu 4½ Prozent verzinslich gegeben. Zu diesem Behufe war in der Bürgschaftsurkunde der Name des Adlerwirths T. durchstrichen und die Namen des Ludwig V. u. Gen. an dessen Stelle gesetzt worden, ohne daß jedoch dem Bürgen Georg A. von dieser Aenderung Kenntniß gegeben worden war. Als nun Letzterer von Ludwig V. auf Grund seines Bürgschaftsversprechens belangt wurde, wandte derselbe ein, daß er sich dem Kläger Ludwig V. gegenüber gar nicht verbürgt habe, während klägerischer Seits behauptet wurde, daß die Absicht des Georg A. nicht gewesen sei, gerade

[21] Vgl. auch Sarwey, Monatschrift Bd. XX, S. 218 f.

nur dem in der Urkunde benannten Gläubiger gegenüber eine Bürgschaftsverbindlichkeit zu übernehmen, als vielmehr für das von Müller F. beabsichtigte Anlehen überhaupt Bürgschaft zu leisten. Die Klage wurde jedoch in höchster Instanz abgewiesen und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe:

Wenn man auch annehmen will, daß der Beklagte auch gegenüber von einem andern Gläubiger, als dem in dem Schuldscheine als solcher bezeichneten Adlerwirth T., als Bürge sich verbindlich gemacht haben würde, wenn er darum angegangen worden wäre, so kann doch eine wirkliche Verbindlichmachung gegenüber von einem anderen Gläubiger in der Bürgschaftsurkunde nicht gefunden werden, sofern in derselben Adlerwirth T. als derjenige Gläubiger, von dem das Darlehen bereits gegeben worden, namhaft gemacht war, so daß der Bekl. bei seiner Unterschrift an einen andern Gläubiger gar nicht denken konnte. Aber auch abgesehen hievon kann von einer Erstreckung der von dem Beklagten zugesagten Bürgschaft auf das von dem Kläger gegebene Darlehen schon deßwegen keine Rede sein, weil der Kläger den Zinsfuß zu 4 Prozent auf 4½ Prozent erhöht hat, das mit dem Kläger eingegangene Obligationsverhältniß also ein anderes war, als dasjenige, für welches sich der Beklagte verbürgen wollte.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. Januar 1870 in der Appellationssache A. c. B.

12) Unanwendbarkeit des Wucherverbotes auf wechselfähige Personen.

Nach Art. 75 des Polizeistrafgesetzbuches vom 2. Oktober 1839 findet die Vorschrift, wonach die für die Anborgung eines Kapitals zu beziehenden Leistungen sechs vom Hundert dem Jahre nach nicht übersteigen dürfen, auf Anlehen an Personen keine Anwendung, welchen unbedingte Wechselfähigkeit zukommt. Hienach hat das Gesetz weder die Personen, denen unbedingte Wechselfähigkeit zu-

komme, in den Artikel aufgenommen, noch mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen, daß unter die Ziff. 1 des Art. 75, für alle Zeit nur diejenigen Personen fallen sollen, welche zur Zeit seiner Verkündigung als unbedingt wechselfähig anzusehen gewesen sind. Indem vielmehr in dem Artikel ganz allgemein verordnet worden ist, daß das Wucherverbot auf Personen nicht anzuwenden sei, welchen unbedingte Wechselfähigkeit zukomme, ist in ihm die Frage, welchen Personen diese Wechselfähigkeit zustehe, nicht selbst entschieden, sondern der Wechselgesetzgebung zur Normirung überlassen worden.

Diesem entgegen ist behauptet worden, die Absicht der gesetzgebenden Faktoren sei gewesen, die Wuchergesetzgebung in der gedachten Hinsicht an das damals bestandene Wechselrecht anzuschließen, nicht aber sie auch an die zukünftige Wechselgesetzgebung zu ketten. Allein aus den Kammerverhandlungen ist jene Absicht nicht ersichtlich.

Wohl hat in den Motiven zu dem Entwurfe des Polizeistrafgesetzes von 1838[22] die K. Staatsregierung die zu seiner Zeit gesetzlich bestandene Scheidung zwischen den unbedingt wechselfähigen und den bedingt, wie gar nicht wechselfähigen Personenklassen im Auge gehabt. Aber die Motive enthalten nicht nur kein Wort darüber, daß die Regierung die Ausnahme des Art. 75 Ziff. 1 auf jene damals unbedingt wechselfähigen Personenklassen durch das Polizeistrafgesetz selbst habe fixiren wollen, sondern es ist in ihnen implicite der Gedanke ausgedrückt, daß, soweit die Wechselgesetze unbedingte Wechselfähigkeit einräumen, sie den von ihnen für wechselfähig erklärten Personen diejenigen Voraussetzungen zuerkennen, unter welchen die gegen die Exemtion von den Wuchergesetzen sprechenden Bedenken hinwegfallen, und es wollte also in den Motiven die Frage, welche Personenklassen als unbedingt

---

[22] Verh. der Kammer der Abg. v. 1838 Bd. XII, Beil. Hft. 2 S. 72, 73.

wechselfähig von den Wuchergesetzen nicht berührt werden sollen, von der jeweiligen, den Kreis der Wechselfähigen nach der Reife dieser Personenklassen und nach den Bedürfnissen des Verkehres normirenden Wechselgesetzgebung abhängig gemacht werden.

Auch die Berichte der Kommissionen der Kammern der Abgeordneten von 1838[23] und von 1839,[24] wie die Sitzungsprotokolle dieser Kammer selbst enthalten nichts davon, daß dem Entwurfe ein anderer Sinn beigelegt worden. Vielmehr haben verschiedene Abgeordnete, ohne Widerspruch von irgend einer Seite, das Gegentheil erklärt, wie die Abgeordneten Rümelin, Deffner, Frhr. v. Linden, Osiander, Scheurlen und Knapp.[25]

In dem Berichte der Kommission der ersten Kammer, wie in den Verhandlungen der letzteren selbst ist die gegenwärtige Lage unberührt geblieben.[26]

Hienach ist die Behauptung unrichtig, daß aus den Kammerverhandlungen die Absicht der Gesetzgebungsfaktoren klar erhelle, die Wucherbestimmungen in der gedachten Hinsicht an das bestehende Wechselrecht anzuschließen, und die Frage, welche Personen als unbedingt wechselfähig im Sinne des Polizeistrafgesetzes anzusehen seien, nicht durch eine spätere Wechselgesetzgebung anders — sei es einschränkend oder ausdehnend — bestimmen zu lassen, vielmehr geht aus den Kammerverhandlungen das Gegentheil hervor.

Dieselbe, oben nachgewiesene Ansicht hat das K. Justizministerium in seinem Vortrag an die Kammer der Abgeordneten, womit dasselbe im Jahre 1849 die Uebergabe des

---

[23] Verh. der Kammer der Abg. v. 1838 Bd. XII, Beil. Hft. 2 S. 363, 364.

[24] Ebendas. v. 1839 Bd. XIII, Beil. Hft. 3 S. 8, 9.

[25] Ebendaselbst Sitzung 40 S. 21, 39; Sitzung 41 S. 38, 40, 42, 51.

[26] Verh. der Kammer der Standesherren von 1839, Heft 3, S. 938, 1002; Heft 6 S. 1009 ff.

Gesetzesentwurfes, betreffend die Einführung der allgem. d. Wechselordnung, begleitete, und zwar ohne daß von den Kommissionen der beiden Kammern oder von den letzteren selbst ein Widerspruch dagegen erhoben worden, ausgesprochen, indem es bemerkte: nach dem Art. 75 Ziff. 1 seien wechselfähige Personen in dem Geben und Versprechen von Zinsen, sei es offen oder versteckt, sei es in oder außer Wechseln, in keiner Weise beschränkt .... Da nun die allg. d. Wechselordnung allgemeine Wechselfähigkeit einführe, so wären eben damit alle Zinsbeschränkungen und Wuchergesetze indirekt aufgehoben. Und das Ministerium warf nun die Frage auf, ob deßhalb bezüglich des Wuchers Aenderungen an dem Art. 75 des Polizeistrafgesetzes vorgenommen werden sollen? Diese Frage verneinte es entschieden bezüglich der gezogenen Wechsel. Auch in Betreff der eigenen Wechsel kam es zu keinem andern Ergebnisse. Was endlich die Frage anbelangt, ob und welche gesetzliche Bestimmungen außer den Wechseln, wenigstens bei den bisher nicht wechselfähigen Personen, über Zinsmaß und Wucher nun festzustellen seien, so erklärte das Ministerium, daß sie der Erwägung der K. Regierung unterliege, welche der Kammer nach Umständen hierüber weitere (jedoch bisher nicht erfolgte) Mittheilung machen werde.[27] Darnach hat die K. Staatsregierung durch das Justizministerium in unzweideutigen Worten ihre Meinung dahin erklärt, daß der Art. 75 Ziff. 1 des Polizeistrafgesetzes nunmehr auf alle Personen Anwendung finde, welche durch die allgemeine deutsche Wechselordnung für wechselfähig erklärt worden sind. Diese Erklärung hat zwar allerdings nicht den Charakter einer authentischen Interpretation, aber sie ist doch insofern von nicht zu unterschätzender Bedeutung als der K. Staatsregierung bekannt sein mußte, in welchem Sinne

---

[27] Verh. der Kammer der Abg. von 1848/49 Beil. Bd. I, S. 543, 544.

sie früher den mehrerwähnten Art. 75 den beiden Kammern proponirt hat, und als diese, von den beiden Kammern nicht beanstandete, Auslegung des genannten Art. 75 der oben dargelegten Ansicht zur Bestätigung dient. Endlich hat nicht nur das K. Justizministerium in einem Erlasse an das Obertribunal vom 28. November 1854 die gleiche Ansicht wiederholt ausgesprochen, sondern es hat auch das Obertribunal selbst am 30. Januar 1855 sich damit einverstanden erklärt.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Juni 1866 in der Appellationssache B. c. L.

13) Ausschluß der cautio damni infecti bei von Staatswegen im öffentlichen Interesse errichteten Anstalten.

Die Stadtgemeinde R. ist Eigenthümerin eines auf ihrer Markung gelegenen Feld- und Güterweges, welcher mittelst einer steinernen Brücke über das Primflüßchen führt, das sich unterhalb der Brücke in den Neckar ergießt. Die Brücke gehört gleichfalls der Gemeinde R. und ist von ihr zu unterhalten. Bei Anlage der Eisenbahn von R. nach T. wurde beinahe unmittelbar unterhalb der Brücke der Lauf des Primflüßchens, welcher dort zuvor eine gerade Richtung gehabt, nach der Seite gekrümmt, das Ufer in der Krümmung hoch hinauf gemauert, der Bahnkörper in der Nähe der Brücke mittelst einer größeren Auffüllung hergestellt und das anstoßende Terrain auf dem linken Ufer der Prim erhöht. Durch diese Bauten und Anlagen, behauptet die Gemeinde R., drohe der Brücke bei Hochwasser große Gefahr, und es verlangte daher dieselbe von der K. Eisenbahnbaukommission Sicherheitsleistung für den ihr drohenden Schaden. Dieser Anspruch wurde von dem Obertribunal aus folgenden Gründen abgewiesen:

Nach ausdrücklichen und unzweideutigen Bestimmungen des römischen Rechtes ist ein Anspruch auf Sicherheitsbestellung wegen drohenden Schadens (cautio de damno

infecto) ausgeschlossen, wenn es sich um öffentliche Werke und Anlagen handelt, welche von Staatswegen errichtet worden sind. — l. 15 §. 10, l. 24 pr. §. 1 D. de damno infecto (39, 2) —.[28] Die heutige Anwendbarkeit dieses Satzes, der in gleicher Weise auch für die actio aquae pluviae arcendae und die Interdikte ne quid in loco publico und quod vi aut clam gilt — l. 2 §. 3, l. 23 pr. D. de aqu. et aqu. pluv. arc. (39, 3); l. 2 pr. §. 10, 16 D. ne quid in loco publ. (43, 8); l. 3 §. 4 D. quod vi aut clam (43, 24) — läßt sich mit Grund nicht bezweifeln. Dagegen ist zwar eingewendet worden, daß die fragliche Bestimmung als dem römischen öffentlichen Rechte angehörig bei uns keine Geltung mehr habe.[29] Allein die Bestimmung gehört nicht sowohl dem öffentlichen, als vielmehr dem Privatrechte an, sofern durch dieselbe das Privateigenthum öffentlichen Anlagen und Werken gegenüber im Interesse des allgemeinen Wohles gesetzlich beschränkt wird.[30] Dieß ist auch von dem Obertribunal schon in andern Fällen ausgesprochen und zur Anwendung gebracht worden.[31] Eisenbahnen gehören aber zu den im Interesse der Staatswohlfahrt errichteten öffentlichen Anstalten und es muß daher hinsichtlich der in Folge des Eisenbahnbaues den Nachbarn drohenden Nachtheile die gedachte Bestimmung des römischen Rechtes Platz greifen, welche den An-

[28] Hesse, die Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn Bd. I, S. 78; Koch, Deutschlands Eisenbahnen Abth. 1 S. 144, Note 13b, S. 149, 150; Schäffer, im Archiv für prakt. Rechtswiss. Bd. II, S. 304 Note; Keller, Pand. S. 309; Seuffert, Archiv, Bd. V, Nro. 134.

[29] Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht Thl. III, §. 184, S. 117; Zimmermann, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß N. F., Bd. XII, S. 103 ff.

[30] Koch, a. a. O. S. 145 in der Note.

[31] Entsch. des Obertribunals vom 31. Okt./24. Nov. 1857 in Sachen der Eisenbahnbaukommission c. Renz.; vergl. auch Tafel, Civ.Rechtspr. Bd. V, S. 172. 173; Bd. VI, S. 329; Württ. Archiv Bd. II, S. 297, 298.

spruch des Bedrohten auf Sicherheitsleistung wegen des drohenden Schadens ausschließt.

Der §. 30 der Verfassungsurkunde kann hiegegen nicht in Betracht kommen. Denn dieser sichert Entschädigung nur zu für die Abtretung von Eigenthum und andern zu der Privatrechtssphäre des Einzelnen gehörigen selbstständigen Rechten, während es sich im vorliegenden Falle nicht von einem durch die Entziehung von Eigenthum oder andern Rechten entstandenen Schaden, sondern von Nachtheilen handelt, welche in Folge des Baues der Eisenbahn und der damit in Verbindung stehenden Flußkorrektion der Klägerin für ihre benachbarte Brücke drohen sollen. Auf die durch den Bau der Eisenbahn und nicht durch Entziehung von Eigenthum oder andern selbstständigen Rechten entstehenden Nachtheile hat aber die Bestimmung der Verfassungsurkunde keine Beziehung, wie dieß von dem Obertribunal schon öfters ausgesprochen worden ist.

Uebrigens würde, wenn eine Entschädigungspflicht für Fälle der vorliegenden Art aus dem §. 30 der Verfassungsurkunde sich ableiten ließe, damit die angestellte Klage auf Kautionsleistung nicht begründet werden können, da, wenn eine Schadenersatzklage auf Grund des §. 30 der Verfassungsurkunde erhoben werden könnte, die Klage auf Kautionsleistung infolge ihrer blos subsidiären Natur ausgeschlossen wäre. Denn die Kaution kann nicht gefordert werden, wenn ein Anspruch auf Ersatz des eintretenden Schadens schon anderweitig begründet ist. [32]

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Febr. 1870 in der Berufungssache der Gemeinde N. c. die K. Eisenbahnbaukommission.

---

[32] Hesse, a. a. O. Bd. I, S. 7, 14, 122 ff.; Derselbe in Jherings Jahrbüchern Bd. VI, S. 420; Vangerow, Pandekten Bd. III, §. 678 Ziff. X, 1, S. 583 f.; Schäffer, im Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. II, S. 280, 284 f.; Hoffmann, ebendaselbst. N. F. Bd. I, S. 320; Windscheid, Pand. Bd. II, §. 459 Ziff. 5; Reinhardt, im civ. Archiv Bd. XXX, S. 231, 240 ff.

14) Paulianische Klage; Erforderniß der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.

Die Ansicht, daß unter dem in dem Art. 24 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen vom 5. Sept. 1839 gebrauchten Ausdruck „Zahlungsunfähigkeit des Schuldners" schon jeder augenblickliche Mangel an paraten Mitteln zu Befriedigung der Gläubiger zu verstehen sei, ist eine unrichtige. Denn, wenn auch Zahlungsunfähigkeit nach dem allgemeinen Wortlaute zunächst nur die Unmöglichkeit zu bezahlen bedeutet, so ist doch außer allem Zweifel, daß nach der Sprache des Gesetzes und der Doktrin unter Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenz nicht bloß der augenblickliche Mangel an Mitteln zu Befriedigung der Gläubiger, sondern ein Uebersteigen des Aktivvermögens durch die Passiven, die Unmöglichkeit, alle Gläubiger vermittelst des vorhandenen Aktivvermögens vollständig zu befriedigen, der Zustand einer wirklichen Vermögensunzulänglichkeit, verstanden wird. Eine Vernachtheiligung anderer Gläubiger durch die Befriedigung eines Einzelnen, wovon das Gesetz ausgeht, läßt sich nur im Falle der Ueberschuldung denken, und kann nicht schon dadurch eintreten, daß ein augenblickliches Stocken den Schuldner an der Befriedigung anderer Gläubiger hindert, während sich nach dem Stande der Aktiv- und Passivmasse voraussehen läßt, daß nach Beseitigung des bloß momentanen Zahlungshindernisses alle Gläubiger zu ihrer vollständigen Befriedigung gelangen werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. April 1847 in der Appellationssache R.'sche Gläubiger c. R.

15) Paulianische Klage; betrügliche Absicht des Schuldners.

Nach Art. 24 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom 5. Sept. 1839 gehört zu den Voraussetzungen der Anfechtung einer Verfügung des

Schuldners mit der paulianischen Klage die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur Zeit der angefochtenen Verfügung, die Vernachtheiligung eines oder mehrerer Gläubiger des Schuldners und die Absicht des Letzteren, durch die angefochtene Vermögensverfügung seine andern Gläubiger zu vernachtheiligen.[33] Bezüglich des letztgedachten Erfordernisses wird in Entscheidungsgründen des Obertribunals ausgeführt:

a) Da dem Schuldner bei der Befriedigung des Beklagten seine Ueberschuldung wohl bekannt war, so mußte derselbe bei dem Vorhandensein weiterer Gläubiger, welche ein gleiches Recht mit dem Bekl. hatten, sich bewußt sein, daß jene Gläubiger durch die Befriedigung des Beklagten vernachtheiligt werden. . . . Mehr bedarf es aber auf Seiten des Schuldners nicht zu Begründung der paulianischen Klage. Denn wenn auch diese Klage nach den Worten des Gesetzes davon abhängig gemacht ist, daß der begünstigte Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und dessen Absicht, seine andern Gläubiger zu vernachtheiligen gekannt habe, so kann doch mit letzterer Bestimmung nicht gemeint sein, daß, was wohl nie der Fall sein wird, die Vernachtheiligung unmittelbar bezweckt worden sei; es muß vielmehr genügen, wenn bei Begünstigung des einen Gläubigers sowohl dieser als der Schuldner in dem Bewußtsein gehandelt haben, daß die übrigen Gläubiger verkürzt werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 31. Mai 1859 in der Appellationssache der H.'schen Gläubiger c. L.'sche Gläubiger.

b) Die bei dem paulianischen Rechtsmittel vorausgesetzte betrügliche Absicht des Schuldners liegt vor, wenn derselbe sich bewußt ist, daß durch die von ihm vorgenommene Veräußerung seine Gläubiger verkürzt, d. h. diesen die Mittel zu ihrer Befriedigung entzogen werden. Dieses Bewußtsein muß aus der Kenntniß der Insolvenz seiten

---

[33] vergl. auch dieses Archiv Bd. XI, S. 202 ff.

des Schuldners dann gefolgert werden, wenn Letzterer auf Deckung der Unzulänglichkeit seines Vermögens durch einen Zuwachs zu diesem, durch Gewinn in Folge seines Geschäftsbetriebes, sonstige glückliche Unternehmungen, Erbschaft und dergl. nicht rechnen kann. Um übrigens hier den dolus des Schuldners auszuschließen, müssen positive Thatsachen vorliegen, welche dem Schuldner die Ueberzeugung zu verschaffen geeignet sind, daß eine solche günstige Veränderung in seinen Vermögensverhältnissen vor sich gehen werde. Entfernte Hoffnungen auf Besserung der letzteren, Eintritt eines Glückfalles können nicht in Betracht kommen, da die Nichtverwirklichung solcher Hoffnungen der Natur der Sache nach sich als der wahrscheinlichere Fall darstellen und daher durch dieselben das Bewußtsein der dann eintretenden Verkürzung der Gläubiger nicht verdrängt werden kann.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. März 1870 in der Appellationssache E. c. D.

16) Der Pfandrechtstitel und das Vorzugsrecht der milden Stiftungen im Gante ihrer Verwalter kommt auch den kathol. Pfarrpfründen zu.

Nach der Annahme des Obertribunals fallen unter den Begriff von milden Stiftungen, welchen durch das Pfandgesetz ein gesetzlicher Pfandrechtstitel auf das Vermögen der Verwalter und durch das Prioritätsgesetz ein Vorzugsrecht III. Klasse im Gante derselben eingeräumt ist, auch die katholischen Pfarrpfründen. Diese Annahme wurde folgendermaßen begründet:

Unter den Schriftstellern des gemeinen Rechtes besteht kein fester Sprachgebrauch darüber, was unter milden Stiftungen zu verstehen ist. Während Puchta[34] und Pfeifer[35] diesen Ausdruck gleichbedeutend nehmen mit

[34] Pandekten und Vorles. §. 27.

[35] jur. Personen S. 130, 131.

pia corpora, bezeichnen Savigny[36] und Göschen[37] pia corpora als Gattungsbegriff und unterscheiden innerhalb seines Gebietes wieder kirchliche Institute und milde Stiftungen, zu welchen der Erstere nur Anstalten bloser Wohlthätigkeit, der Letztere außerdem auch Unterrichtsanstalten rechnet. Indessen gesteht der Letztere, daß der Sprachgebrauch nicht ganz konstant sei, indem gelegentlich die Ausdrücke „milde Stiftungen" und „fromme Stiftungen" synonym gebraucht werden.

Im württembergischen Rechte ist nirgends festgestellt, was es unter milden Stiftungen versteht. Im General-Reskripte vom 1. Januar 1793 ist nur festgestellt, welche Stiftungen zu den piis causis oder corporibus zu rechnen seien, welchen ein absolutes Vorzugsrecht im Gante eingeräumt wird. Allein die Schriftsteller, welche sich mit Auslegung dieses General-Reskriptes befaßt haben, nehmen hier pia corpora gleichbedeutend mit milden Stiftungen, so Reinhardt[38], Rieke in Reyscher's Gesetzessammlung als Herausgeber der Gerichtsgesetze, indem er den Inhalt dieses General-Reskriptes in der Ueberschrift als „Lokation der milden Stiftungen im Konkurs" bezeichnet, und Wächter[39], indem er bei Darstellung des früheren Prioritätsrechtes in der I. Klasse Ziff. 4 den Fiskus und milde Stiftungen aufführt.

Und auch in der Bestimmung der Generalverordnung vom 11. Febr. 1810, §. 22,[40] wonach die Waisen- und Zuchthäuser und das Irrenhaus die den milden Stiftungen durch die Gesetze eingeräumten Vorrechte und Freiheiten haben sollen, ist der Ausdruck „milde Stiftung" ohne Zweifel gleichbedeutend mit pium corpus gebraucht.

---

[36] System, Bd. II, S. 244, 262, 267.

[37] Vorlesungen §. 67.

[38] Komm. des Landrechtes Bd. III, S. 57.

[39] württ. Privatrecht Bd. I, S. 634.

[40] Reg.-Blatt S. 63.

Das General-Reskript von 1793 führt die pia corpora in 3 Abtheilungen auf, wovon die erste umfaßt „solche corpora, welche der Kirche zugehören, oder sich auf Erhaltung der Kirchen, ihrer Diener und des äußeren Gottesdienstes unmittelbar beziehen, somit außer den Kirchenkästen die zum Kirchengut gehörigen Klosterverwaltungen, Hofmeistereien, Pflegen, Stifts- und gerichtliche Verwaltungen u. s. w." Von selbst versteht sich nun, daß mit Erwerbung der neuen Gebietstheile zu Anfang dieses Jahrhunderts und Einführung des württembergischen Rechtes in den neuen Landestheilen auch die Pfarrpfründen in den letzteren zu den piis corporibus zu rechnen waren und die im württemb. Rechte den piis corporibus eingeräumten Rechte erhielten. Zu diesen Rechten gehörten neben dem gedachten absoluten Vorzugsrechte auch ein gesetzliches Pfandrecht für gewisse Forderungen.[41]

Durch die Gesetzgebung von 1825 ist nun den milden Stiftungen ein gesetzlicher Pfandrechtstitel und ein Vorzugsrecht III. Klasse eingeräumt. Sind nun unter dem hier gebrauchten Ausdruck „milde Stiftungen" die piae causae, pia corpora, wie sie im früheren Rechte genannt sind, verstanden? Diese Frage ist zu bejahen.

Wenn man die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmungen in's Auge faßt, so gewinnt man die Ueberzeugung, daß die Urheber nichts Anderes, keinen engeren Begriff darunter verstanden, als pia corpora. Man wollte einen deutschen Ausdruck dafür. Wahrscheinlich wurde statt der wörtlichen Uebersetzung in's Deutsche „fromme Stiftungen" der Ausdruck „milde Stiftungen" nur gebraucht, weil der Ausdruck „fromme Stiftungen" nach der jetzigen Anschauungsweise nicht mehr auf alle Stiftungen, welche das General-Reskript zu den pia corpora zählte,

---

[41] **Griesinger**, Komm. Bd. II, S. 513, 514; **Weishaar**, württemb. Privatrecht, 1. Ausg., §. 558; **Gmelin**, Ordnung der Gläub., 5. Aufl., S. 218; **Wächter**, a. a. O., S. 599, Note 103.

z. B. nicht auf Stiftungen für Unterrichtszwecke ganz passend erschien.

In den Entwürfen der Gesetze von 1825 kamen die milden Stiftungen nur im Prioritätsgesetze in der dritten Klasse vor. Aus der in den Motiven und den Berichten des ständischen Ausschusses und der ständischen Kommission ausgesprochenen Absicht, die bisherigen Vorzugsrechte beizubehalten, und dem bei den milden Stiftungen angeführten Grund der Beibehaltung, daß sie nämlich genöthigt sind, ihr Vermögen fremder Verwaltung anzuvertrauen, darf mit Recht geschlossen werden, daß dabei der Ausdruck „milde Stiftungen" gleichbedeutend genommen wurde mit den bisher sogenannten „pia corpora". Daß dann aber auch das verabschiedete Gesetz in diesem Sinne auszulegen ist, folgt aus den von Wächter[42] richtig entwickelten Grundsätzen über die Auslegung von Gesetzen, welche mit den Ständen verabschiedet sind, wonach ein Gesetz im Sinne des Antragstellers zu nehmen ist, wenn der Antrag ohne weitere Beanstandung angenommen worden ist.

Dafür, daß der Gesetzgeber den Ausdruck „milde Stiftungen" in diesem Sinne gebraucht, kommt aber noch der entscheidende Grund in Betracht, daß sonst die Kirchen und kirchlichen Institute der bisher genossenen Vorzugsrechte gänzlich und ohne jeglichen Ersatz beraubt worden wären, ohne daß man nöthig gefunden hätte, auch nur ein Wort darüber zu verlieren, ein Verfahren, welches weder als Uebersehen, noch als ein bewußtes bei der dann durchaus ungerechtfertigten Rücksichtslosigkeit sich erklären ließe.

Es haben auch die Kommentatoren dieser Gesetze, soweit sie sich darauf eingelassen haben, den Ausdruck „milde Stiftungen" in diesem Sinne genommen.[43]

---

[42] a. a. O. Bd. II, S. 147 ff.

[43] Hufnagel, Belehrung, 4. Aufl., S. 219, Note x; Weishaar, württ. Privatrecht, 3. Aufl., §. 598; Reyscher, württ. Privatrecht, 2. Aufl., §. 630.

Hiernach fallen die katholischen Pfarrpfründen unter den Begriff „milde Stiftungen" im Sinne des Pfand- und Prioritätsgesetzes. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die einzelnen Vermögenstheile der Pfarrpfründe gerade in einer Stiftung ihren Grund haben. Denn abgesehen davon, daß nach der geschichtlichen Entstehung der Pfarrpfründen als besonderer juristischer Personen[44] ihr Vermögen auf einer ursprünglichen Liberalität für Zwecke der Kirche beruht und der Erwerb auf andere Weise, z. B. durch Ersitzung als eine ganz vereinzelte Ausnahme erscheint, kommt es nur darauf an, ob die Pfarrpfründe als juristische Person, pium corpus, unter den milden Stiftungen im Sinne des Prioritätsgesetzes begriffen ist, nicht darauf, ob sie ihr Vermögen nachweisbar und durchaus durch einen eigentlichen Liberalitäts- oder einen Stiftungsakt erworben hat.

Auch die Einwendung, daß der Pfarrer nicht als Verwalter einer milden Stiftung im Sinne des Gesetzes anzusehen sei, ist unstichhaltig.

Zwar wird geltend gemacht, die katholischen Pfarrer seien nicht Verwalter, sondern Nutznießer ihrer Pfründe. Allein dies sind keine Rechtsverhältnisse, welche einander ausschließen. Im Gegentheil wird auch in andern Gebieten des Rechtslebens, wo es sich vom Nießbrauch eines Vermögenskomplexes handelt, von der Verwaltung desselben durch den Nutznießer gesprochen. So spricht das Prioritätsgesetz Art. 11 b, so spricht die Hauptinstruktion zum Pfandgesetz §§. 110—115 von dem in der Verwaltung der Eltern und Großeltern als Nutznießer stehenden Vermögen der Kinder. Der katholische Pfarrer, welchem die Nutznießung seiner Pfarrpfründe zusteht, ist schon nach gemeinem Rechte der Verwalter derselben.[45] Dasselbe gilt

---

[44] Richter, Kirchenrecht, 6. Aufl., S. 930.

[45] Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 744, 747; Richter, Kirchenrecht §. 299, 304, 305; Seuffert, Archiv Bd. XII, Nr. 300.

in Württemberg. In der Verfügung der Ministerien der Justiz und des Innern vom 21. Nov. 1829 (Reg.=Blatt S. 558 ff.) über die Abtheilung des Pfründeinkommens erledigter katholischer Kirchenstellen in Todesfällen der Geistlichen ist im Eingang bemerkt: „In Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des katholischen Kirchenrechtes, nach welchem ein Kirchenpfründner (Pfarrer, Kaplan u. s. w.) als gesetzlicher Verwalter und Nutznießer der mit seinem Kirchenamte verbundenen Kirchenpfründe die Einkommenstheile der letzteren nur insoweit, als sein Eigenthum ansprechen kann u. s. w." Deßgleichen ist in der K. Verordnung vom 30. Januar 1830 bezüglich des Schutz= und Aufsichtsrechtes des Staates über die katholische Kirche in §. 38, Abs. 2 (Reg.=Blatt S. 88) gesagt: „Die Verwaltung der niederen kirchlichen Pfründen wird in den Händen der Nutznießer belassen." Und wenn das Gesetz vom 30. Januar 1863, betreffend die Regelung der Verhältnisse der Staatsgewalt zur katholischen Kirche, Art. 19 sagt, daß die Verwaltung der besetzten Pfründen unter der gemeinsamen Aufsicht des Staates und der Kirche stehe, so setzt es die bestehende Einrichtung voraus, daß die Verwaltung selbst in der Hand des Nutznießers stehe.

Ferner wird geltend gemacht, die Bestimmung des Prioritätsgesetzes beziehe sich nur auf besonders für die Verwaltung bestellte Diener, nicht auf Personen, bei welchen die ihnen zukommende Verwaltungsbefugniß der Ausfluß eines eigenen Nutzungsrechtes sei, sodann nur auf Verwalter, welche jährliche Rechnung ablegen und Kaution geleistet oder vorschriftmäßig zu leisten haben. Allein dies sind lauter Einschränkungen des vom Gesetze gebrauchten Ausdrucks „Verwalter", wozu ein Grund weder angegeben noch sonst zu finden ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. Oktbr. 1869 in der Appellationssache Pf.'sche Gläubiger c. Pfarrei E.

17) Bedeutung des Geständnisses der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde bei deren rechtlicher Unmöglichkeit.

Ein von dem angeblichen Vater eines außerehelich gezeugten Kindes vor dessen Geburt abgelegtes Geständniß der Vaterschaft zu demselben wurde behufs der Zurückforderung einer der Mutter des Kindes bezahlten Abfindungssumme aus dem Grunde angefochten, weil das Kind erst am 303. Tage nach dem von dem angeblichen Vater mit der Mutter des Kindes gepflogenen Beischlaf zur Welt gekommen war. In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen ist hierüber gesagt:

Nach Analogie der in dem römischen Rechte für die ehelichen Kinder geltenden Bestimmungen — l. 12 D. de statu hom. (1,5), l. 3 §. 11, 12 D. de suis et legit. (38,16)— wird nur Derjenige als Vater eines unehelichen Kindes präsumirt, welcher mit der Mutter des letzteren während eines bestimmten Zeitraumes vor der Geburt des Kindes geschlechtlichen Umgang gehabt hat. Dieser Zeitraum ist nach der Thesis des Obertribunals der 182.—300. Tag.[46] Jene von den römischen Gesetzen für die Geburt eines ehelichen Kindes aufgestellte Rechtsvermuthung hat ihren Grund in der auf physiologischen Gesetzen beruhenden Annahme, daß ein lebendiges Kind während des angegebenen Zeitraumes erzeugt werden könne. Die weite Bemessung des letzteren[47] beweist, daß den möglichen Schwankungen in der Dauer der Schwangerschaft im Anschluß an die damaligen Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft vollständige Rechnung getragen werden sollte. Hieraus ergibt sich aber, daß die Gesetze jene beiden Termine als die äußersten Grenzen für den Zeitpunkt der Erzeugung eines lebendigen Kindes angesehen haben und als solche auch wirklich fixiren wollten, um die Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiete ab-

---

[46] Württ. Archiv Bd. II, S. 410.

[47] Zu vergl. Savigny, System Bd. II, S. 390, 391, Note i.

zuschneiden. Daß das römische Recht insbesondere die Geburt eines Kindes nach Ablauf von mehr als zehn Monaten von dem letzten Beischlaf an gerechnet nicht für möglich angenommen hat, geht aus der Nov. 39 cap. 2 hervor, wonach eine im elften Monat nach dem Tode ihres Mannes niedergekommene Wittwe mit ihrer Behauptung, daß das Kind von ihrem verstorbenen Ehemann herrühre, weil letzteres unmöglich sei, zurückgewiesen wird: „ut non esset possibile dicere, quia de defuncto fuisset partus; neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est.“ Diese Anschauung des römischen Rechtes bekundet sich sodann auch in der Bestimmung desselben, daß eine Wittwe vor Ablauf von zehn Monaten nicht zu einer neuen Ehe schreiten dürfe, weil davon ausgegangen wurde, daß bis zu diesem Zeitpunkte die Geburt eines von dem verstorbenen Ehemann erzeugten Kindes möglich sei, und daher die Ungewißheit über die eheliche Abstammung des letzteren durch jene verhütet werden sollte. — l. 11 §. 1. D. de his. qui not. (3, 2); cst. 2. Cod. de secundis nupt. (5, 9.) — Ist aber nach den bei den unehelichen Kindern analog zur Anwendung kommenden Bestimmungen der römischen Gesetze die Erzeugung eines ehelichen Kindes nur aus einem solchen Beischlaf für möglich erklärt worden, welcher zwischen dem 182. und 300. Tag vor der Geburt des Kindes stattgefunden hat, so ist es gleichgiltig, ob diese Nativitätstermine nach den Erfahrungen der heutigen medizinischen Wissenschaft etwa nicht absolut richtig sein sollten, da die Giltigkeit jener gesetzlichen Bestimmungen durch die Unrichtigkeit ihrer Voraussetzungen nicht alterirt werden kann.

Hienach ist die Behauptung der Mutter des in Frage stehenden Kindes, daß solches überreif zur Welt gekommen und daher 303 Tage im Mutterleib gewesen sein könne, rechtlich unerheblich. Vielmehr ist, da unbestrittenermaßen der angebliche Vater des Kindes nur am 303. Tage vor dessen Geburt mit dessen Mutter geschlechtlichen Umgang

gehabt hat, dadurch erwiesen, daß jener rechtlich nicht der Vater jenes Kindes sein kann.[48] Die Grundlage der angestellten Kondiktion ist somit dargethan.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. April 1870 in der Berufungssache Beerhalter c. Grimmeisen.

18) Testirfähigkeit eines Entmündigten.

a) Die Anfechtung eines Testamentes war unter Anderem darauf gebaut worden, daß der Testirer als Verschwender für mundtodt erklärt gewesen sei. Bezüglich dieses Anfechtungsgrundes ist aus den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen Folgendes auszuheben:

Das Landrecht Thl. III, Tit. 2, §. 5 schreibt vor, daß nicht sollen testiren können:

„Geuder und Verschwender, welchen ihren Uebelhaussens halber (nach Ausweisung dieses unseres Landrechtes und Ordnungen) die Verwaltung ihrer Güter genommen oder verboten, und sie deßwegen mit Pflegern, Vögten, oder Vormündern versehen worden."

Nun erhellt aber aus den die Mundtodterklärung des Testirers betreffenden Akten, daß hiebei dasjenige Verfahren, welches das Landrecht im Thl. II, Tit. 30, so wie die Verordnung vom 19. Juni 1808, die Behandlung der Geschäfte der willkührlichen Gerichtsbarkeit betreffend, §. 18 vorschreibt, damit einem Verschwender die Verwaltung seines Vermögens gerichtlich entzogen werden kann, in keiner Weise eingehalten worden ist. Vielmehr war die Thatsache, die das Motiv des betreffenden Gerichtsbeschlusses bildete und rechtlich allein bilden konnte, die, daß die Geisteskrankheit des Testirers schon früher gerichtlich konstatirt worden war, und nur weil diese vorlag, mochte das Oberamtsgericht eine weitere Untersuchung darüber, ob der Testirer, auch ganz abgesehen von einer Geisteskrankheit, für einen Verschwender zu erklären gewesen sein würde, füg-

[48] vergl. Seuffert, Archiv Bd. VI, Nro. 201.

lich übergehen. Gerade aber, weil jene Mundtodterklärung rechtlich nur auf der konstatirten Thatsache einer Geisteskrankheit des Testirers beruht, kann sie an und für sich bei Beantwortung der Frage von der Fähigkeit des Testirers nicht in Betracht kommen, vielmehr hängt Alles davon ab, ob anzunehmen ist, der Testirer sei im Augenblicke der Testamentserrichtung in einer Weise geisteskrank gewesen, daß ihm deßhalb nach den bestehenden Gesetzen die Fähigkeit, einen letzten Willen zu errichten, abgesprochen werden muß.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. März 1839 in der Appellationssache S. c. R.

b) Ein Testament wurde aus dem Grunde angefochten, weil der Testirer ein Jahr vor Errichtung des Testamentes durch Gerichtsbeschluß wegen Geistesschwäche entmündigt und die Fortführung der schon zuvor bestandenen pflegschaftlichen Verwaltung seines Vermögens angeordnet worden war und diese Anordnung auch bis zum Tode des Testirers fortbestanden hatte. Diese gerichtliche Entmündigung, wurde behauptet, genüge, um die Testirunfähigkeit des Testirers zu begründen, weil die Unfähigkeit eine Folge der Entziehung der Vermögensverwaltung (bonorum interdictio) sei, welche so lange fortdaure, als die angeordnete Kuratel von der Obrigkeit nicht wieder aufgehoben werde, was darin seine Begründung finde, daß dasjenige, was von Verschwendern gelte, um so mehr bei Geisteskranken, welche unter Kuratel gestellt seien, Anwendung finden müsse. Das oberste Gericht war anderer Ansicht und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe:

In Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte erklärt das Landrecht Thl. III, Tit. 2, §. 3: „Ohnbesinnte, tobsüchtige und thörechte Leut, weil sie ihrer Vernunft und gemeines Verstands beraubt, so lange sie nicht wiederumb zu ihrem guten Verstand oder Vernunft kommen, zu testiren nicht taugenlich.“ Diese Personen sind hienach testirunfähig, sie mögen unter Kuratel gestellt sein oder

nicht, und mit dem Augenblicke der Wiederkehr der geistigen Gesundheit werden sie testirfähig; ja wenn der Wahnsinn ein intermittirender ist, ist der Kranke in den lichten Augenblicken testirfähig. — l. 1. J. quib. non est permissum (2, 12); l. 17. D. qui test. fac. poss. (28, 1); const. 9. Cod. de test. (6, 23); l. 1. D. de cur. fur. (27,10); const. 6. Cod. de legit. tut. (5, 30); Württemb. Landrecht Thl. III. Tit. 2, §. 3 —. Der Verschwender dagegen wird sowohl nach dem gemeinen als nach dem württembergischen Rechte erst durch die gerichtliche Prodigalitätserklärung testirunfähig; was er vor dieser that, ist giltig, und seine Testirunfähigkeit hört nicht schon durch die eingetretene Besserung, sondern erst durch ein die Kuratel wieder aufhebendes gerichtliches Dekret auf. — l. 10, l. 1. pr. D. de cur. fur. (27, 10); l. 18. pr. D. qui test. fac. poss. (28, 1); §. 2 J. quib. non est permissum (2, 12); Landrecht Thl. III. Tit. 2, §. 5. — Daß aber in der l. 10 D. (27, 10), in der l. 18 pr. D. (28, 1) und in der l. 40 D. (50, 17) unter Denjenigen, welche der Vermögensverwaltung entsetzt sind, (cui bonis interdictum est) Verschwender allein gemeint sind, kann nach der l. 40. D. (50, 17) und dem §. 2 J. (2, 12) keinem Zweifel unterliegen.[49] Hieraus ergiebt sich der große Unterschied zwischen einem Geisteskranken und einem Verschwender. Der Verschwender ist testamentsunfähig, wenn und weil er wegen Verschwendung der Verwaltung seines Vermögens entsetzt ist, selbst wenn er geistig fähig wäre, zu testiren. Der Geisteskranke aber ist testirunfähig, nicht wenn und weil er unter Kuratel gestellt ist, sondern weil er geistig nicht fähig zum Testiren ist. Aus dem gesetzlichen Grunde, warum der Geisteskranke zum Testiren unfähig ist, weil er unmöglich eine richtige Vorstellung von der Wichtigkeit der Handlung haben kann, folgt, daß,

---

[49] Rudorff, das Recht der Vormundschaft Bd. I, S. 135; Savigny, System Bd. III, S. 87—89.

wenn bei dem wegen Geisteskrankheit Entmündigten die Krankheit später so weit nachgelassen hat, daß er eine hinreichende Einsicht in die Wichtigkeit der Handlung wieder erlangte, er testirfähig wird, wenn auch die Entmündigung noch nicht wieder richterlich aufgehoben worden wäre, wie denn auch das Landrecht Thl. III. Tit. 2, §. 3 es ausspricht, daß dergleichen Personen nur testirunfähig seien, so lange sie nicht wieder zu ihrem guten Verstand oder Vernunft kommen. Aus demselben gesetzlichen Grunde aber folgt auch, daß, wenn bewiesen werden kann, daß der wegen Geisteskrankheit oder wegen Verstandesschwäche Entmündigte nicht geisteskrank war oder ist, oder daß seine Geisteskräfte nicht auf eine so tiefe Stufe herabgesunken sind, daß es ihm an der erforderlichen Einsicht in ein Rechtsgeschäft fehlt, daß er sich vielmehr die erforderliche Vorstellung hievon machen kann, ein solcher trotz der Entmündigung ein Testament errichten kann.

Allerdings bildet die gerichtliche Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder wegen Geistesschwäche eine Vermuthung für die Dispositionsunfähigkeit des Entmündigten, so lange nicht das Gegentheil bewiesen wird, also daß der Entmündigte geistesgesund war oder denjenigen Grad von Verstand hatte, um ein Rechtsgeschäft vornehmen zu können. Allein gerade weil die Gesetze nur verstandeslose Personen für testirunfähig erklären, muß, wenn ein Entmündigter ein Testament errichtet hat, Demjenigen, welcher hieraus einen Anspruch erhebt, der Beweis offen bleiben, daß der Testirer hiezu geistesfähig gewesen sei. Hierüber hat dann der für die hierauf gerichtete Klage zuständige Richter zu erkennen.[50]

Entscheidung des Obertribunals vom 20. Dezbr. 1858 in der Appellationssache H c. H.

---

[50] Vergl. auch die mit den oben mitgetheilten Entscheidungen des Obertribunals zu Stuttgart übereinstimmende Entscheidung des Oberappellationsgerichtes zu Rostock vom 17. Febr. 1859 bei Buchka und Budde, Entsch. Bd. III, S. 209 ff.

c) In derselben Weise hatte sich das Obertribunal auch in früher entschiedenen Fällen ausgesprochen. In einem Falle wurde gesagt, daß aus dem bloßen Bestehen einer Kuratel über den Testirer wegen geistiger Gebrechen desselben seine Testirunfähigkeit noch nicht folge, da nach den Gesetzen Pflegbefohlene als solche keineswegs gehindert seien, letztwillige Verfügungen zu treffen; wie denn namentlich das württembergische Landrecht eine Gleichstellung der „ohnbesinnten, thörechten und tobsüchtigen" Leute mit den gerichtlich unter Kuratel gestellten Verschwendern hinsichtlich der Testirfähigkeit und des Grundes der Unfähigkeit zu testiren nicht ausspreche — Landrecht Thl. III. Tit. 2, §. 3 vergl. mit §. 5 —.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. April/25. Mai 1858 in der Appellationssache S. c. F.

d) In einem andern Falle, in welchem die Testirerin wegen hohen Alters und schwachen Verstandes unter Kuratel gestellt worden, begnügte man sich mit der Bemerkung, daß den Pflegbefohlenen als solchen in den Gesetzen nicht untersagt sei, eine letztwillige Verfügung zu treffen, und daher auf die Kuratelbestellung an sich eine Einwendung gegen das Testament nicht gebaut werden könne.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. Januar 1848 in der Appellationssache M. c. St.

19) Testirfähigkeit; partieller Wahnsinn des Testirers.[51]

Ein am 31. Juli 1834 errichtetes Testament war unter Anderem deßhalb angefochten worden, weil der Testirer zur Zeit der Testamentserrichtung in einer Weise geisteskrank gewesen sei, daß ihm deßhalb nach den bestehenden Gesetzen die Fähigkeit, einen letzten Willen zu errichten, abgesprochen werden müsse. Die Entscheidungsgründe des Obertribunals besagen hierüber Folgendes:

---

[51] vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. III, Nro. 139.

Daß der Testirer im Jahre 1811 an partiellem Wahnsinn laborirte, der in ihm die falschen Vorstellungen von Attentaten, welche einzelne Personen auf sein Leben und seine Gesundheit gemacht haben sollten, erregte, ist bewiesen. . . . . . Daß diese fixe Idee von ihm drohenden Verfolgungen, die in dem Testirer wurzelte und Bilder und Vorstellungen an ihm verübter Mißhandlungen und Attentate hervorrief, denselben auch vom obigen Zeitpunkte an eine Reihe von Jahren hindurch nicht wieder verlassen hat, ist eben so unzweifelhaft. . . . Zwei Aerzte insbesondere haben im Jahre 1825 auf den Grund ihrer Wahrnehmungen ihr Gutachten dahin abgegeben, „daß der Testirer sich im ersten Grade des Wahnsinns befinde, wobei eine in seiner Phantasie tief haftende Vorstellung und ein unablässiges Brüten des Gemüthes über diese kränkende Vorstellung zu Grunde liege, wodurch die freie und richtige Anwendung des Verstandes gehindert und der Wille nur der einseitigen Vorstellung gemäß bestimmt werde." Demgemäß hat sich auch das Kgl. Medizinal-Kollegium in seinem Gutachten bestimmt dahin ausgesprochen, „daß den vorliegenden Thatsachen zufolge der Testirer während des 14jährigen Zeitraumes von 1812 bis 1825 sich im Zustande des fixen Wahnsinnes oder fixen partiellen Wahnsinnes befunden habe." Endlich muß es nach dem Gutachten der Medizinal-Behörde wenn nicht als wahrscheinlich, doch jedenfalls als möglich zugegeben werden, daß der Testirer von seiner Geisteskrankheit auch später und bis zu seinem Tode nicht völlig geheilt gewesen sei, wenn gleich diejenigen Personen, die in den letzten Jahren Umgang mit ihm gepflogen haben, lediglich keine hierauf abzielende Wahrnehmungen gemacht haben.

Allein jenen nur möglichen Fall auch als gewiß unterstellt, folgt daraus, besonders wenn man die Individualität der Geisteskrankheit des Testirers in's Auge faßt, noch keineswegs eine absolute Testirunfähigkeit desselben. Denn es wird keineswegs zur Giltigkeit eines Testamentes er-

fordert, daß der Testator sich zur Zeit der Errichtung des Testamentes in dem Besitze voller geistiger Gesundheit befunden habe, wie denn namentlich Glück[52] sich dafür entscheidet, daß ein bloß an partiellem Wahnsinn Leidender giltig einen letzten Willen errichten könne.

Es ergibt sich dieß nicht nur aus Stellen des römischen Rechtes: cst. 6 Cod. de curat. fur. (5, 70); cst. 9 Cod. qui test. fac. poss. (6, 22), sondern auch aus dem württembergischen Landrechte Thl. III. Tit. 2, §. 3, wonach die Testirfähigkeit nur Unbesinnten und Tobsüchtigen, welche ihrer Vernunft beraubt sind, bei welchen also eine gänzliche Alienation der Vernunft stattfindet, abgesprochen, und auch diesen zu testiren dann erlaubt wird, wenn sie etwa beweisliche, lichte Zwischenräume (dilucida intervalla) hätten, und ihre unbesinnte Weis so lang und so viel nachließe, daß sie wegen wiedererlangten genugsamen Verstandes zum Testiren nicht untauglich seien. Es ist unverkennbar, daß das Gesetz unter jenem Nachlassen nicht einen Zustand versteht, in welchem die Krankheit als gehoben zu betrachten und etwa nur eine Anlage zur Krankheit zurückgeblieben ist, sondern eine Periode, in welcher die Krankheit geschwächt und die geistige Kraft des Kranken insoweit zur augenblicklichen Herrschaft gelangt ist, daß die Fähigkeit der Ueberlegung und der Einsicht in den Zweck und die Natur einer letzten Willenserrichtung bei demselben als vorhanden angenommen werden darf.

Mag daher der Ausspruch der Medizinalbehörde, daß auch ein an partiellem Wahnsinn Leidender überhaupt für geistig unfrei zu erachten sei, und daß daraus, daß dieser Wahnsinn sich in bestimmten längeren oder kürzeren Zeiträumen nicht geäußert habe, sich ein Schluß auf eine wirkliche Unterbrechung der Seelenstörung noch nicht rechtfertige, vom Standpunkte des Technikers aus auch ganz richtig sein; so ist doch gewiß, daß dabei eine solche Integrität

---

[52] in seinem Kommentar Bd. XXXIII, S. 355.

der Geisteskräfte des in Frage stehenden Individuums gefordert wird, wie sie unsere positiven Gesetze zur giltigen Errichtung eines letzten Willens nicht verlangen.

Wenn dem Allem nach schon das dahin steht, ob die Geisteskrankheit des Testirers denselben auch in ihrem früheren Stadium irgend einmal zur Errichtung eines Testamentes unfähig gemacht hätte, sofern das im Jahre 1825 ausgestellte Zeugniß der Gerichtsärzte dahin geht, daß dem Testirer bei denjenigen Gegenständen, die mit seinen fixen Vorstellungen nicht im Zusammenhang stehen, das Vermögen richtig zu denken und zu schließen nicht abgesprochen werden könne, so muß diese Fähigkeit bei dem Testirer wenigstens für diejenige Periode seines Lebens, welche dem Testirakte unmittelbar vorangegangen ist, wenigstens insoweit als vorhanden angenommen werden, als die von den Zeugen beobachteten Geisteszustände des Testirers, wenn auch nicht zum Beweise seiner völligen Herstellung hinreichen, so doch unter den Gesichtspunkt lichter Zwischenräume im Sinne unserer Gesetze nothwendig gebracht werden müssen.

Es kann nach diesem zu einem lichten Zwischenraum kein Mehreres erfordert werden, als daß, um hier bei der Beziehung auf einen Testirakt stehen zu bleiben, der geistige Zustand des Testirenden sich in einer Weise äußere, daß daraus auf eine deutliche Vorstellung desselben von dem Wesen und den Wirkungen eines letzten Willens geschlossen werden darf. Zu weit aber würde man gehen, wenn man zum Beweise des Vorhandenseins eines lichten Zwischenraumes nur solche Handlungen oder Aeußerungen für tauglich erklären wollte, welche die Möglichkeit einer gleichzeitig vorhandenen Seelenstörung schlechthin ausschließen. Wäre Dieses richtig, so ließe sich kaum absehen, wie je der volle Beweis eines lichten Zwischenraumes sollte hergestellt werden können, während doch die Gesetze die Aufrechterhaltung des von einem unzweifelhaft Geisteskranken errichteten Testamentes so sehr begünstigen, daß

sogar vermuthet wird, ein Testament, welches nichts Widersinniges enthält, sei in einem lichten Zwischenraume errichtet worden. sofern nur erwiesen ist, daß der Testator überhaupt lichte Zwischenräume hatte (Landrecht Thl. III, Tit. 2 §. 3).[53]

Daß nun aber in vorliegendem Falle der Testirer lichte Zwischenräume in dem angegebenen Sinne gehabt habe, läßt sich nach den vorliegenden Zeugenaussagen nicht bezweifeln . . . . . Wenn aber hienach wenigstens der Beweis vollständig erbracht ist, daß der Testirer im Allgemeinen lichte Zwischenräume hatte, so wäre es nach dem schon Bemerkten Sache Derjenigen, welche das Testament als nichtig ansprechen, gewesen, zu beweisen, das vorliegende Testament sei nicht in einem lichten Zwischenraume des Testators errichtet worden. Dieser Beweis ist aber so wenig hergestellt, daß vielmehr ein voller Gegenbeweis dafür vorliegt, daß der Testirer bei Errichtung seines Testamentes wenigstens in so weit seines Verstandes mächtig gewesen sei, als nach dem württ. Landrechte zu einem solchen Akte erforderlich ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. März 1839 in der Appellationssache S. c. R.

20) Testirfähigkeit; geistige Gebrechen (Blödsinn) des Testirers.[54]

a) Ein am 9. Januar 1812 errichtetes Testament war aus dem Grunde angefochten worden, weil die Testi-

---

[53] Griesinger, Kommentar Bd. V, S. 21; Weishaar, württ. Privatrecht, 3. Ausg. §. 702.

[54] Die Frage der Testirunfähigkeit wegen geistiger Gebrechen ist zwar eine nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilende Thatfrage. Da jedoch dieser Anfechtungsgrund häufig wiederkehrt und die Beurtheilung der Thatfrage in den einzelnen Fällen Anhaltspunkte für die Beurtheilung anderer Fälle darbietet, so wird die Mittheilung der obigen Entscheidungen mit Rücksicht auf den Zweck des Archives, der Praxis zu dienen, gerechtfertigt und wohl Manchen erwünscht sein.

rerin simpelhaft und in Folge dessen testirunfähig gewesen sei. Dieser Anfechtungsgrund wurde nicht als zutreffend erkannt und es besagen hierüber die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Allerdings ist die am 3. März 1844 ledig gestorbene Testirerin in den gemeinderäthlichen Protokollen vom 26. März 1827 und 3. Dezember 1840, sodann in den Theilungsgeschäften vom 18. Dezember 1840 und 5. Febr. 1841, in der Anstandspflegrechnung über ihr Vermögen vom 1. April 1842 und in dem Kostakkord vom 7. Febr. 1841 als „simpelhaft" bezeichnet und auch die Zeugen haben ausgesagt, daß die Testirerin von früher Jugend an simpelhaft, nicht bei sich selbst gewesen sei, einen blöden Sinn, einen Kindersinn gehabt habe. Abgesehen jedoch davon, daß eine genaue Prüfung des Geisteszustandes der Testirerin und eine förmliche Beschlußnahme über ihre Entmündigung von Seiten irgend einer Behörde niemals statt gefunden hat, stellt sich die Prädizirung der Testirerin als „simpelhaft", als ein Urtheil dar, welchem es an der erforderlichen thatsächlichen Unterstützung fehlt. Denn der von den Zeugen hauptsächlich hervorgehobene Umstand, daß die Testirerin nicht im Stande gewesen sei, das Geld zu unterscheiden, kann um so weniger berechtigen, die Testirerin den für testirunfähig erklärten „ohnbesinnten, tobsüchtigen und thörichten Leuten, welche ihrer Vernunft und gemeines Verstandes beraubt sind" — Landrecht Thl. III, Tit. 2 §. 3 —, beizuzählen als die Zeugen selbst versichern, daß die Testirerin ihre Verwandte und Verwandtschaftsverhältnisse gekannt habe und sich eines Vermögensbesitzes und eines Erbrechtes an ihrem ledig verstorbenen Bruder bewußt gewesen sei. Läßt sich schon hienach an der Richtigkeit des Urtheils der genannten Zeugen und daran, daß mit dem Ausdruck „simpelhaft" die gänzliche Unfähigkeit der Testirerin, mit Ueberlegung zu handeln, bezeichnet werden wollte, mit Grund zweifeln, und hat es schon hienach den Anschein, daß der Ausdruck „Simpelhaftigkeit" mit

„schwachem Verstand" gleichbedeutend genommen wurde, so spricht noch insbesondere dafür, daß auch der Gemeinderath unter jener Bezeichnung nicht eine jede Willensfähigkeit und Ueberlegung aufhebende Verstandesschwäche verstanden hat, der Umstand, daß sich das Gerichtsnotariat und Waisengericht damit begnügt hat, zu der wichtigen Verhandlung über den elterlichen Nachlaß und über den Abschluß eines Erbabfertigungsvertrages blos einen Beistand der Testirerin zuzuziehen.

Von großer Bedeutung ist ferner die Aussage des Schultheißen G., welcher die Testirerin sein Leben lang gekannt hat und in seiner amtlichen Stellung ganz besonders aufgefordert war, sich von dem Geisteszustande der Testirerin genaue Kenntniß zu verschaffen. Zwar sagt dieser Schultheiß G., „sie (die Testirerin) war nicht närrisch und nicht gescheidt, ganz recht war sie nicht, man hielt und behandelte sie für einen Simpel", gleichzeitig versichert er aber auch: „sie arbeitete, wie eine jede andere Person, sie sprach auch zusammenhängend, ganz simpelhaft war sie doch nicht, sie arbeitete und handelte wie andere, sie kannte ihre Verwandten und war fähig Verwandtschaftsverhältnisse zu fassen, sie wußte, daß sie Vermögen habe, sie sprach mit mir von ihrem Vermögen und was sie davon sprach, stimmte mit der Wirklichkeit überein." Und auf die Frage: ob Zeuge glaube, daß die Testirerin einen Begriff von Erbschaft, Vermögensnachfolge und namentlich von letztwilliger Verfügung von Todeswegen gehabt habe? erwiderte er: „Ich meine, daß sie gescheidt genug war, um das zu verstehen." Ganz besonders bezeichnend ist endlich die Aussage des Zeugen: „Sie (die Testirerin) war, als sie einen Pfleger bekam, 73 Jahre alt. Sie war nicht närrisch und nicht gescheidt, aber man glaubte, ihr ihr Vermögen dennoch nicht überlassen zu können, indem man befürchtete, sie komme darum."

Hieraus ergibt sich, daß erst im Jahr 1840 und auch da nur aus dem Grunde, weil die Testirerin schon in

hohem Alter und bei eigener Vermögensverwaltung ein Nachtheil bei ihr zu befürchten war, die Bestellung eines Pflegers für nöthig erachtet wurde. Bleibt schon hienach darüber kaum ein Zweifel übrig, daß die Testirerin an einer jede Ueberlegung aufhebenden Verstandesschwäche nicht gelitten hat und daß auch der Gemeinderath und das Waisengericht mit der Bezeichnung der Testirerin als simpelhaft einen solchen hohen Grad von Verstandesschwäche nicht ausdrücken wollte, so muß vollends jedes Bedenken durch die Aussagen des Amtsnotars N. als Verfassers des von der Testirerin am 9. Januar 1842 errichteten Testamentes und der zu solchem zugezogenen Testamentszeugen verschwinden, indem diese fünf Personen, deren besonderer Beruf es war, die Testirfähigkeit der Testirerin einer sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen, in Uebereinstimmung mit der in der letzten Willensverordnung selbst schon niedergelegten Versicherung, daß die Testirerin bei guten Verstandeskräften ihren letzten Willen zu erkennen gegeben habe, bei ihrer gerichtlichen Vernehmung auf das bestimmteste versichert haben, daß sich die Testirerin bei der Testamentserrichtung verständig, so willens- und geisteskräftig gezeigt habe, daß sich damit die Annahme einer Simpelhaftigkeit nicht vereinigen lasse.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. Januar 1848 in der Appellationssache M. c. St.

b) Auch in einer andern Sache war ein am 30. Mai 1855 errichtetes Testament aus dem Grunde angefochten worden, weil der Testirer von Kindheit an geistesschwach und blödsinnig gewesen und in der letzten Zeit seines Lebens schwermüthig geworden sei, daher zu den in dem Landrecht Thl. III Tit. 2 §. 3 für testirunfähig erklärten „ohnbesinnten und thörichten, ihrer Vernunft und gemeines Verstands beraubten Leuten“ gehört habe. Hierüber ist in den Entscheidungsgründen des Obertribunals gesagt: Schon der Inhalt des Testamentes selbst und die ins Ein-

zelne gehenden Bestimmungen desselben beurkunden eine überlegte Handlungsweise des Testirers, womit sich die Annahme wirklichen Blödsinnes nicht vereinigen ließe, und auch durch die sonstigen Beweismittel ist nur dargethan, daß der Testirer zwar von schwachem Verstande und in der letzten Zeit seines Lebens auch schwermüthig, zur freien Willensbestimmung und Ueberlegung aber nicht unfähig war. Zwar wird derselbe in dem am 20. Oktober 1837 von seiner Mutter errichteten Testamente als etwas taub und blödsinnig und zur Uebernahme ihres großen Hofgutes nicht fähig bezeichnet. Allein abgesehen davon, daß dahin steht, ob mit dem Ausdruck „blödsinnig" die gänzliche Unfähigkeit des Testirers, mit Ueberlegung zu handeln, und nicht vielmehr blos eine mehr oder minder große Schwäche seines Verstandes bezeichnet werden wollte, liegt in jener Bezeichnung lediglich ein, schon wegen des Mangels einer thatsächlichen Begründung, werthloses Urtheil, welches zudem durch die sonst vorliegenden Beweismittel widerlegt wird. Insbesondere hat der Unteramtsarzt Dr. B., welcher den Testirer in der letzten Zeit seines Lebens ärztlich behandelt hat und daher seinen geistigen Zustand zu beurtheilen wohl in der Lage war, in dem aus Anlaß der Selbstentleibung des Testirers abgegebenen Gutachten sich dahin ausgesprochen, daß derselbe zwar geistig schwach und in der letzten Zeit seines Lebens in einem krankhaften Gemüthszustande, jedoch mit Ueberlegung zu handeln wohl fähig gewesen sei . . . . Ebenso haben der Verfasser des angefochtenen Testamentes und die fünf Testamentszeugen, deren Beruf es war, die Testirfähigkeit des Testators einer sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen, in Uebereinstimmung mit der in der letzten Willensverordnung selbst schon niedergelegten Bemerkung, daß sie den Testirer bei gesunden Verstandeskräften getroffen, bei ihrer gerichtlichen Einvernahme auf das entschiedenste versichert, daß der Testirer ihnen ganz verständig vorgekommen sei, und sie keine auf

eine Störung seiner Geistes- und Verstandeskräfte hinweisende Wahrnehmung gemacht haben.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Januar 1857 in der Appellationssache M. c. B.

c) In einem weiteren Falle, in welchem ein Testament wegen Blödsinns der Testirerin angefochten worden, wurde in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen hierüber bemerkt: Betreffend die Frage nach der Testirfähigkeit der Erblasserin, so ist der Inhalt des Testamentes selbst von der Art, wie es nur bei einem zu Errichtung einer letzten Willensverordnung hinreichend befähigten Menschen der Fall sein kann. Auch haben der Notar und die Testamentszeugen nicht nur im Testament selbst ausdrücklich bezeugt, daß sie, die Testirerin, „welcher zwar ein Pfleger zur Verwaltung ihres Vermögens beigegeben sei, nach reiflicher Prüfung auf die an sie gestellten Fragen als testirfähig erkannt haben," sondern dieses auch bei ihrer eidlichen Vernehmung wiederholt. Weiter ist in dem Protokolle des Oberamtsgerichtes G. vom 3. November 1853 bezeugt, daß die Testirerin in ihren Reden und ihrem Aussehen bei der Verhandlung vom 26. Oktober 1853 dem aus dem Oberamtsrichter und zwei Gerichtsbeisitzern bestandenen Gerichtspersonal nicht den Eindruck einer blödsinnigen, sondern nur einer altersschwachen Person gemacht habe, und dieselbe nicht wegen Geisteskrankheit entmündigt, sondern nur wegen geistiger und körperlicher Altersschwäche unter Kuratel gestellt worden sei. Den Wahrnehmungen der Oberamtsärzte Sch. und P. über den geistigen Zustand der Testirerin zu Folge mag sodann dieselbe zwar nicht im Stande gewesen sein, ihr Vermögen verständig und selbstständig zu verwalten, sie beweisen aber nicht, daß die Testirerin blödsinnig gewesen oder nicht einmal dasjenige Maß geistiger Fähigkeit gehabt habe, um eine richtige Vorstellung von der Bedeutung einer letzten Willensverordnung sich zu bilden. Insbesondere gestatten die Vermögensverschleuderungen und die Freigebigkeit der

Testirerin gegen Kirche und Geistliche eine solche Annahme nicht. Sie mögen in einer großen Unbesonnenheit oder in einem beunruhigten Gewissen der Testirerin ihren Grund gehabt haben, eine Testirunfähigkeit wird dadurch nicht dargethan. Noch weniger aber könnte eine solche aus einem unordentlichen und flüchtigen Lebenswandel der Testirerin und aus ihrem mißbrauchten Vertrauen gegen Andere hergeleitet werden, wie es denn überhaupt unzuläßig ist, aus der Unfähigkeit, sein Vermögen verständig zu verwalten, auf eine geistige Unfähigkeit überhaupt, auf eine Unfähigkeit zu testiren, zu schließen. Denn ein Verschwender kann vollkommen geistesfähig sein, die Bedeutung eines letzten Willens zu erkennen, und dennoch ist er testirunfähig, wenn und weil er gerichtlich als Verschwender erklärt ist, während dem nach dem Gesetze zur eigenen Vermögensverwaltung unfähigen Minderjährigen vom 16. Jahre an die Testirfähigkeit zukommt.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. März 1859 in der Appellationssache M. c. H.

d) In ähnlicher Weise wurde in einem weiteren Falle der Beweis eines die Testirunfähigkeit des Testirers begründenden Blödsinns nicht als geführt angenommen. Zwar kann, sagen die Entscheidungsgründe, darüber ein gegründeter Zweifel nicht bestehen, daß der Testirer von schwachem Verstande war und seine Geisteskräfte auf ziemlich niedriger Stufe standen. Allein schon der Inhalt des Testamentes selbst und dessen Bestimmungen beurkunden eine überlegte Handlungsweise des Testirers, mit welcher sich die Annahme eines wirklichen Blödsinnes nicht vereinigen läßt. In Uebereinstimmung hiemit steht die in dem Testamente niedergelegte Bemerkung des Gerichtsnotars, welcher das Testament verfaßte, und der dazu erbetenen fünf Zeugen, daß sie den Testirer zwar in dem ihnen wohlbekannten etwas geisteskranken Zustande gefunden, derselbe sich jedoch bei dem ganzen Akte auf eine Art benommen habe, aus der ersichtlich gewesen, daß der Testirer die ganze Handlung

schon längere Zeit wohl überlegt habe, so daß ihn der Notar und die Zeugen ohne allen Anstand für testirfähig erachtet haben. Es ist dies von um so größerer Bedeutung, als der Gerichtsnotar und die Zeugen bei dem, nach ihrer eigenen Erklärung ihnen wohlbekannten geistesschwachen Zustand des Testirers sich besonders aufgefordert fühlen mußten, seine Testirfähigkeit einer besondern Prüfung zu unterziehen. Hiezu kommt das sachverständige Zeugniß des Hospitalarztes Dr. B., der den Testirer in einem Zeitraum von 15 Jahren in manchfachen Erkrankungen zu beobachten Gelegenheit hatte und dessen Wahrnehmungen und Beobachtungen daher von um so größerem Gewichte sind. Derselbe bestätigt zwar, daß der Testirer zu jeder Zeit den allgemeinen Eindruck eines schwachsinnigen Menschen gemacht habe, dessen Begriffe und Verstandesthätigkeiten nur in kleinen engen Kreisen sich bewegt haben. Allein bei näherer Beobachtung habe sich gezeigt, daß dessen Gedankenkreis sich nicht blos auf sinnliche Bedürfnisse beschränkt, sondern daß Verstandesäußerungen wohlgeordnet in bestimmter Weise sich geoffenbart haben. Er habe insbesondere Aufträge in und außer der Stadt richtig besorgt, er habe in Erkrankungsfällen genaue Auskunft über sein Befinden zu geben gewußt, er habe sich viel und mit sichtlichem Interesse mit seinen Vermögensangelegenheiten beschäftigt und noch im Februar 1868 bei gefährlicher Krankheit insbesondere auch seines Testamentes dem Arzte gegenüber Erwähnung gethan. Alles dies berechtige zu der Annahme, daß das Seelenleben des Testirers nicht auf derjenigen niedern Stufe gestanden, welche der allgemeine Eindruck seiner äußern Erscheinung dargeboten haben möge, und daß der Testirer nur schwachsinnig und von beschränktem Gedankenkreis (Imbecille) nicht aber blödsinnig (Idiote) gewesen und die einfache Handlung einer Testamentserrichtung zu fassen im Stande gewesen sei. Spricht hienach das Zeugniß eines Mannes, welcher vermöge seines Berufes und seiner wissenschaftlichen

Bildung zur Beobachtung des Geisteszustandes des Testirers als besonders fähig betrachtet werden muß, und dessen auf seine Wahrnehmungen gebautes und überzeugend begründetes Gutachten gegen die Annahme eines die Testirfähigkeit ausschließenden Zustandes des Blödsinnes bei dem Testirer, so sprechen auch die Aussagen der weiteren Zeugen mehr gegen als für den behaupteten Blödsinn. Denn wenn auch die Wittwe B. den Testirer als geistesschwach und nervenkrank bezeichnet, die Wittwe Brle. ihn schwachsinnig und kindisch nennt, und Kommissionär P. sagt, der Testirer sei ein ganzer Simpel gewesen, der nicht begriffen habe, was Andere mit gesundem Geiste begreifen, so haben doch alle diese Zeugen übereinstimmend ausgesagt, daß der Testirer die an ihn gerichteten Fragen wohl verstanden und meist richtig beantwortet habe, was mit der Annahme des Blödsinnes nicht vereinbar scheint. Zudem haben diese Zeugen mit dem Testirer stets nur vorübergehend verkehrt und es kann daher auf ihre Beobachtungen um so weniger ein besonderes Gewicht gelegt werden, als nach dem Zeugnisse des Dr. B. der allgemeine Eindruck der äußern Erscheinung des Testirers seinen Geisteszustand auf einer niedrigeren Stufe erscheinen ließ, als dies bei näherer Beobachtung der Fall war, und die Zeugen zu einer solchen näheren Beobachtung weder Anlaß, noch nach ihrer Bildungsstufe die dazu erforderliche Befähigung hatten. Nun kommt allerdings hinzu, daß der Testirer bis zu seinem Lebensende unter Pflegschaft stand und in den Pflegrechnungsakten vielfach als geistesschwach, blödsinnig und simpelhaft bezeichnet ist. Allein die Fortdauer der Pflegschaft ist darum nicht von großem Gewichte, weil sie nicht auf den Grund eines gerichtlichen Entmündigungsverfahrens erfolgte, sondern die Pflegschaft eben thatsächlich fortgesetzt worden ist. Was aber die Bezeichnung des Testirers in den Pflegrechnungsakten als blödsinnig, geistesschwach und simpelhaft betrifft, so steht einmal dahin, welcher Grad von Geistesschwäche damit bezeichnet werden

und ob damit die gänzliche Unfähigkeit des Testirers, mit Ueberlegung zu handeln, ausgesprochen und nicht bloß eine erhebliche Geistesschwäche bezeichnet werden wollte. Zudem aber liegt in dieser Bezeichnung lediglich ein, bei dem Mangel thatsächlicher Begründung um so weniger bedeutendes Urtheil, als die äußere Erscheinung des Testirers dem Zeugnisse des Dr. B. zufolge eine niedrigere Stufe des Geisteszustandes des Testirers annehmen ließ, als dies wirklich der Fall war, und daher jene äußere Erscheinung leicht den Anlaß zu den in den Pflegrechnungsakten sich findenden Bezeichnungen geben konnte.

Entscheidung des Obertribunals vom 12. März 1870 in der Berufungssache A. c. H.

21) Testirfähigkeit; Beweislast.

Aus dem Satze, daß Jeder in der Regel fähig sei, zu testiren, wo keine Ausnahme eintritt, folgt, daß Derjenige, welcher eine solche Ausnahme behauptet, also namentlich daß der Testirer geistig unfähig zu testiren gewesen sei, solches beweisen muß; was auch in der landrechtlichen Bestimmung Thl. III. Tit. 2, §. 3 bestätigt wird, wonach bei denjenigen Geisteskranken („Ohnbesinnten und Tobsüchtigen"), welche beweisliche lichte Zwischenräume haben, vermuthet wird, daß sie in einem solchen lichten Zwischenraume ihren letzten Willen errichtet haben, wenn dieser nicht selbst ein Beweis der Sinnlosigkeit ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 29.|31. August 1843 in der Appellationssache Sch. c. L.

22) Testamentserrichtung; Irrthum des Testirers über den Beweggrund.[55]

Ein Irrthum des Testirers über den Beweggrund bewirkt nur dann die Ungiltigkeit einer letzten Willensverordnung, wenn nicht nur bewiesen wird, daß der angeführte Beweggrund falsch, sondern zugleich auch, daß

---

[55] Vergl. auch Tafel, Civilrechtsspr. Bd. IV, S. 106 ff.; Seuffert, Archiv Bd. XI, Nro. 58.

der Testirer **allein** durch den irrigen Beweggrund zu der Disposition verleitet worden sei.[56]

Entscheidung des Obertribunals vom 1. Oktober 1851 in der Appellationssache G. c. A.; vom 16. Mai 1866 in der Appellationssache R. c. R.; vom 30. Mai 1866 in der Appellationssache R. c. M.

23) Testament; Anfechtung wegen Zwangs, Furcht oder arglistiger Beredung;[57] Eideszuschiebung.

a) Das von einer Ehefrau zu Gunsten ihres Ehemannes errichtete Testament war nach dem Tode des Ersteren angefochten worden, weil die Testirerin zur Errichtung des Testamentes von ihrem Ehemann gezwungen worden sei. Es wurde zum Beweise dessen unter Anderem geltend gemacht, daß der Ehemann selbst zugestanden habe, daß seine Frau zu ihrem Testamente von ihm aufgereizt und angehalten worden sei. In dieser Beziehung bemerken die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe, daß es einem Ehegatten wohl erlaubt sei, seine Ehegattin durch anhaltende Erinnerungen und nachdrückliche (?) Vorstellungen dahin zu bewegen, ihm eine vortheilhafte Stelle in ihrem Testamente zu verschaffen, vorausgesetzt, daß dieß weder mit Ungestümm, noch auf eine andere zudringliche, die wahre Willensfreiheit störende und beeinträchtigende Weise geschehe.[58]

Entscheidung des Obertribunals vom 11. Dezember 1821 in Appellationssache K. c. B.

---

[56] l. 93, §. 1. D. de legat. III (32); l. 17, §. 2, l. 72, §. 6. D. de cond. et demonstr. (35, 1); cst. 1 Cod. de falsa causa adj. (6, 44); **Vangerow**, Pand., 6. Aufl. Bd. II, S. 107—109, Anm. 3; **Glück**, Komm. Bd. XXXIII, S. 423; **Arndts**, Pand. §. 491, Anm. 1; vergl. auch **Savigny**, System Bd. III, S. 377 ff.; **Sintenis**, Civilrecht Bd. III, §. 171, S. 408 ff.; **Roßhirt**, testam. Erbrecht Bd. I, S. 275 ff. und in seiner Zeitschr. Bd. V, S. 226 ff.

[57] **Seuffert**, Archiv Bd. V, Nro. 195.

[58] cst. 3. Cod. si quis aliquem testari prohib. (6, 34).

b) Zum Beweise, daß der Testirer zur Errichtung des Testamentes durch Zwang oder arglistige Ueberredung veranlaßt worden, war dem Beklagten ohne weitere thatsächliche Begründung ein Eid dahin zugeschoben worden: „daß er den Testirer zur Errichtung seines Testamentes durch Furcht, Zwang oder arglistige Ueberredungen weder selbst, noch durch Andere verleitet, auch denselben an freier Aufhebung oder Aenderung seines letzten Willens nicht gehindert habe“. Diese Eideszuschiebung wurde als unzulässig erkannt, da nur über spezielle Thatsachen ein Eid zugeschoben werden könne.[59]

Entscheidung des Obertribunals vom 8. Dezbr. 1843 in der Appellationssache B. c. M.

c) Es ist ein von dem Obertribunal stets angewandter Satz, wurde anderweitig gesagt, daß eine Eideszuschiebung nur über spezielle Thatsachen zulässig und daher ein Eidesantrag im Allgemeinen darüber, daß der Testirer durch arglistige Ueberredungen zu Errichtung eines Testamentes verleitet oder an Aufhebung eines Testamentes verhindert worden sei, unstatthaft ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. Sept. 1845 in der Appellationssache F. c. W.

d) In einer andern Sache, in welcher zum Beweise des Zwanges der Eideszuschiebung sich bedient worden war, wurde gesagt:

Der allgemeine, Alles dem Urtheil des Schwörenden überlassende Eidesantrag an den Beklagten, daß er nicht seine todtkranke Frau im Bewußtsein ihrer Schwäche durch ungestümmes Zudringen und Ueberreden zur Testamentsfertigung, wie sie vorliege, gezwungen habe, ist nach der Thesis des Obertribunals, wonach ein Eid nur über reine Thatsachen zugeschoben werden kann, unzulässig.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. Septbr. 1857 in der Appellationssache B. c. L.

---

[59] Hufnagel, Mitth. Bd. II, S. 577 ff.; vergl. auch Civilprozeßordnung Art. 569.

e) Der Behauptung, daß der Testirer zu Errichtung des Testamentes verleitet und ungebührlich überredet worden sei, ist in den Gründen einer andern Entscheidung gesagt, fehlt es schon an der erforderlichen thatsächlichen Begründung, indem der Kläger weder anzugeben vermochte, worin die ungebührliche Verleitung und Ueberredung des Testirers bestanden haben solle, noch derselbe irgend schlüssige Thatsachen dafür geltend zu machen wußte, daß unerlaubte Einwirkungen auf den Testirer stattgefunden haben. Der Kläger gründet seine Vermuthung darauf, daß der Testirer nach Errichtung seines Testamentes gegen ihn geäußert habe, sie haben ihm Tag und Nacht keine Ruhe gelassen, bis er das Testament gemacht habe. Allein diese Aeußerung würde, wenn sie auch erwiesen würde, zu dem Schlusse nicht berechtigen, daß eine unerlaubte, rechtswidrige, die Nichtigkeit des Testamentes begründende Einwirkung auf den Testirer stattgefunden habe, da nicht jedes Zureden schon die Nichtigkeit eines Testamentes begründet, und die angebliche Aeußerung des Testirers keinen genügenden Anhaltspunkt dafür bietet, daß die Beredungen die erlaubten Grenzen überschritten haben. Hiezu kommt, daß in dem Testamente selbst die Bemerkung niedergelegt ist, daß der Testirer auf die bezüglich der Willensfreiheit an ihn gerichtete Frage die unzweideutige Antwort gegeben habe, daß er zu dieser letztwilligen Verordnung weder überredet, noch viel weniger gezwungen worden sei. Unter diesen Umständen kann weder von der Zulassung des Klägers zum Ergänzungseide bezüglich der angeblichen Aeußerung des Testirers gegen ihn die Rede sein, noch die allgemeine Eideszuschiebung, deren sich der Kläger bezüglich der ungebührlichen Ueberredung des Testirers zu dem Testamente durch die Beklagten eventuell bedient hat, für statthaft erkannt werden. Denn, abgesehen von den der Behauptung ungebührlicher Ueberredung entgegenstehenden Anzeigen, wäre es bei dem Mangel an thatsächlichen Angaben lediglich ein Urtheil über ihre Handlungen, welches

die Beklagten zu beschwören hätten, während ein Eid nur über reine Thatsachen zugeschoben werden kann und deren Beurtheilung Sache des Richters ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Juni 1857 in der Appellationssache M. c. B.

f) Ebenso wurde in einer andern Sache der allgemeine Eidesantrag, daß eine unerlaubte Einwirkung des Beklagten auf den Willen der Testirerin nicht stattgefunden habe, als unstatthaft verworfen, weil er der erforderlichen thatsächlichen Begründung ermangle.

Entscheidung des Obertribunals vom 22. Mai 1858 in der Appellationssache A. c. R.

g) Behufs der Anfechtung eines Testamentes wegen Mangels an der freien Selbstbestimmung des Willens war geltend gemacht worden, der Testirer sei ganz von der eingesetzten Erbin abhängig und diese auf jede Weise für das Zustandekommen des Testamentes thätig gewesen; sie habe den Testirer gar nicht mehr zur Besinnung kommen lassen, ihm namentlich täglich Branntwein verschafft, auf welche Weise derselbe durch seine fortwährende Trunkenheit und den Einfluß der eingesetzten Erbin vom Widerruf des Testamentes abgehalten worden sei. Hierüber ist in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen gesagt, es leuchte von selbst ein, daß bei dem Mangel einer Angabe, inwiefern die eingesetzte Erbin für das Testament thätig gewesen sei, was sie gethan habe, um den Testirer nicht mehr zur Besinnung kommen zu lassen, überhaupt, worin ihre angebliche Einwirkung bestanden haben solle, dieses völlig unbestimmte, mit Nichts näher begründete Vorbringen nicht berücksichtigt werden könne, und daß aus demselben Grunde der lediglich über obige vage Behauptungen zugeschobene Eid als unstatthaft erscheine.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Februar 1860 in der Appellationssache K. c. L.

24) Rogation der Testamentszeugen.[60]

a) Zur Rogation der Zeugen eines gemeinrechtlichen Privattestamentes genügt es, daß sie vom Erblasser ausgegangen, beziehungsweise genehmigt worden ist und die Zeugen mit dem Zwecke ihrer Anwesenheit bei der Testaments-Errichtung bekannt gewesen oder vor Eröffnung des Aktes damit bekannt gemacht worden sind. Auch kann die Rogation Namens des Testirers von einem Andern geschehen. — cst. 26 Cod. de test. (6, 23); Notariatsordnung von 1512 von Testamenten §. 3.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. September 1857 in der Appellationssache B. c. L.

b) Es ist anerkannten Rechtens, daß die Berufung der Zeugen zu der Testamentserrichtung im Auftrage des Testirers durch einen Dritten geschehen kann.[61] (Das Testament in Frage war in der römisch rechtlichen Form eines schriftlichen Privattestamentes errichtet.) Daß die Testirerin dem R. Sch. den Auftrag gegeben, die Zeugen zur Testamentserrichtung zu berufen, ist . . . erwiesen. Einigen der Zeugen soll zwar bei ihrer Berufung der Zweck derselben nicht eröffnet worden sein. Man kann dieß jedoch dahin gestellt lassen, da eine Rogation jedenfalls dadurch vorgenommen worden ist, daß das schriftlich abgefaßte Testa-

---

[60] Seuffert, Archiv Bd. I, Nro. 95, Ziff. 1; Bd. XV, Nro. 32; Bd. XIX, Nr. 244; Bd. XX, Nro. 231. Ueber den Beweis der Rogation durch die Testamentsurkunde vgl. die Entscheidung des Obertribunals vom 17. Juni 1862 in der Appellationssache H. c. S. in diesem Archive Bd. X, S. 200; ebenso die Entscheidung des Obertribunals vom 18. Dezember 1857 in der Appellationssache G. c. K., und vom 20. Dezember 1858 in der Appellationssache H. c. H.

[61] Sintenis, Civilrecht Bd. III, S. 377 N. 3; Lauterbach, Coll. Pand. lib. 28, tit. 1, §. 57; Glück, Komm. Bd. XXXIV, S. 291; Seuffert, Archiv Bd. I, S. 100, Bd. XX, Nro. 231; Griesinger, Komm. Bd. V, S. 59, 60, Note g; Hufnagel, Mitth. Bd. II, S. 582.

ment erwiesenermaßen seinem ganzen Inhalte nach vor den Zeugen vorgelesen wurde, in demselben aber am Schlusse bemerkt ist, daß die Testirerin die hienach unterschriebenen Zeugen gebeten habe, dieses Testament zu solennisiren, woraus die Zeugen den Zweck ihrer Einladung und Anwesenheit erfuhren, und daß hierauf die Testirerin die an sie von dem Zeugen Sch. gerichtete Frage, ob das ihr letzter Wille sei, bejahte, und das Testament unterzeichnete, auch dasselbe sofort von den Zeugen unterzeichnet und besiegelt worden ist. Hiedurch ist der Vorschrift der l. 21 §. 2 D. qui test. fac. poss. (28, 1), wonach die Rogation der Zeugen vor der Solennisation des Testamentes durch sie (ante testimonium) zu geschehen hat, volle Genüge geschehen.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Mai 1866 in der Appellationssache R. c. R.

c) Das Landrecht Thl. III, Tit. 3, §. 10, schreibt bezüglich der vierten Testamentsform vor, es habe der Testirer dem hiezu berufenen Notar und fünf Zeugen seinen letzten Willen mündlich zu eröffnen oder schriftlich zu verzeichnen oder verlesen zu lassen und „darauf zu bitten, seines also eröffneten letzten Willens Zeugen zu sein.“

Es kann jedoch nicht bezweifelt werden, daß, so gewiß es im Willen des Gesetzgebers nicht liegen konnte, der Testirer müsse sich hiebei gerade der Worte des Gesetzes bedienen, ebenso gewiß es hinreichen muß, wenn der Testirer entweder mit Worten oder in ganz unzweideutigen Handlungen diese Bitte kundgibt, und daß es ebenso gewiß genügt, wenn diese Bitte an die Zeugen in solcher Weise auch der Eröffnung des letzten Willens vorausgeschickt wird.

Entscheidung des Obertribunals vom 29./31. August 1843 in der Appellationssache Sch. c. L.

d) Es läßt sich durchaus kein Grund einsehen, aus welchem die nach dem Landrechte Thl. III, Tit. 3, §. 10 a. E. von einem Testirer an die Testamentszeugen zu stellende Bitte, seines letzten Willens Zeugen zu sein, nicht

auch der Eröffnung des letzten Willens vorausgehen könne, und man ist daher zu der Annahme berechtigt, daß die Absicht des Gesetzes nicht sei, dießfalls hinsichtlich der Zeitordnung eine unabbrüchliche Vorschrift zu ertheilen.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. September 1845 in der Appellationssache Sch. c. K.

Das Landrecht, ist in dem Vortrage des Referenten hiezu bemerkt, verlangt nicht die Rogation der Zeugen, d. h. eine dem Testirakte vorausgehende besondere Aufforderung derselben zum Zeugniß und außerdem noch, nach geschehener Willenserklärung, die Bitte an die Zeugen, des „also eröffneten letzten Willens Zeugen zu sein." Hiedurch würden, statt daß das Landrecht die gemeinrechtlichen Testamentsformen im Allgemeinen vermindern wollte, solche vermehrt. Es ist Weiteres nicht erforderlich, als daß der Testirer den beeidigten Schreiber des Ortes, in welchem er testiren will, oder einen öffentlichen Notar, ferner fünf Zeugen berufe und diese ersuche, seines Testamentes Zeugen zu sein. Ob dieses Gesuch dem Testirakte vorausgeht oder nachfolgt, ist gleichgiltig; denn Nichts berechtigt zu der Annahme, daß dießfalls eine bestimmte Form habe vorgeschrieben werden wollen. Vielleicht wollte das Landrecht in dieser Beziehung nur das gemeine Recht wiederholen, und also nicht einmal vorschreiben, daß jene Bitte vor den versammelten Zeugen gestellt werde, wie Bolley [62] anzunehmen scheint, indem er bemerkt: die allgemeinen Erfordernisse der Privattestamente, daß der Testamentsakt durch keine andere Handlung unterbrochen werden darf, und daß zum Zeugniß aufgeforderte Zeugen zugezogen werden müssen, seien auch nach dem Landrechte zu beobachten.

---

[62] 33 Aufsätze S. 413; ebenso Griesinger, Komm. Bd. V, S. 59, 60; anderer Meinung ist Reinhardt, Komm. Bd. II, S. 31, N. 1, welcher für wesentlich erklärt, daß die Zeugen, wenn sie versammelt sind, ausdrücklich gebeten werden, Zeugen des Testamentes zu sein.

e) Die Berufung der Testamentszeugen ist nach der Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 10 so wenig, als nach gemeinem Rechte an eine besondere Förmlichkeit gebunden, es genügt, wenn der Testirer den von ihm selbst oder von einem Andern in seinem Auftrag oder mit seiner Genehmigung berufenen Zeugen den Wunsch, seines letzten Willens Zeugen zu sein, auf eine unzweideutige Weise zu erkennen gegeben hat. Dieß wurde angenommen, weil der Notar und die fünf Testamentszeugen übereinstimmend ausgesagt hatten, daß der Notar die versammelten Zeugen dem Testirer mit der Frage, ob er solche auch kenne und ob sie ihm recht seien, vorgestellt und dieser hierauf erwidert habe, ja, die seien ihm recht, die sollen seine Zeugen sein. Zudem war auch in dem Testamentsaufsatze selbst gesagt, daß der Testirer den Notar und die Zeugen zu sich habe bitten lassen, um Zeugen seiner letzten Willensverordnung zu sein, und er, nachdem sie Alle beisammen gewesen, die Bitte an sie gestellt habe, Zeugen seiner letzten Willensverordnung zu sein. Da der Testirer nach Verlesung des Testamentsaufsatzes solchen ausdrücklich nach seinem ganzen Inhalt bestätigt habe, habe er hiemit seinen Wunsch und Willen, daß die anwesenden Personen Zeugen seines Testamentes sein sollen, wiederholt unzweideutig an den Tag gelegt.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Juni 1857 in der Appellationssache M. c. B.

f) Die Einwendung, daß die Zeugen nicht gehörig rogirt seien, wird in einer anderen Entscheidung, bei welcher es sich um die Frage der Giltigkeit eines nach der sogenannten sechsten Landrechtsform errichteten Testamentes handelte, gesagt, ist ungegründet. Durch die Aussagen der Testamentszeugen ist erwiesen, daß der Gerichtsnotar, als er bei dem Testirer erschien, denselben in Gegenwart der bereits versammelten Zeugen befragte, ob er ihn habe rufen lassen, um einen letzten Willen zu errichten und ob die Anwesenden Zeugen desselben sein sollen und daß der

Testirer beide Fragen bejahte. Hienach waren sich die Zeugen bewußt, um was es sich handle, sie haben sogar aus dem Munde des Testirers erfahren, daß sie ihm als Zeugen seines letzten Willens dienen sollen und haben seinem Wunsche auch wirklich entsprochen. Hiemit ist Alles geschehen, was nach dem geltenden Rechte und den von dem Obertribunal in einer Reihe von Fällen ausgesprochenen Grundsätzen zu einer gehörigen Rogation der Testamentszeugen erfordert wird.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. April/25. Mai 1858 in der Appellationssache S. c. F.[63]

g) Gegen ein Testament, welches nach der vierten landrechtlichen Testamentsform vor einem geschworenen Schreiber, dem Rathschreiber in D. und fünf Zeugen errichtet worden, war die Einwendung nicht gehöriger Rogation der Zeugen erhoben worden. Hierüber besagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals: durch die Testamentsurkunde ist bewiesen, daß der Testirer den Rathschreiber D. und die fünf Zeugen, welche das Testament unterzeichnet haben, zu sich berufen hat, jenen in seiner amtlichen Eigenschaft, diese, um Zeugen bei seinem Testamente zu sein. Denn es ist in der Testamentsurkunde diese Rogation bezeugt. Die Kläger hatten daher gegen die Urkunde den Beweis des Gegentheils zu führen. Nun wurden zwar nach den Zeugenaussagen die Zeugen durch einen Dritten berufen. Als sie aber Alle vor dem Testirer versammelt waren, wurde dieser von dem Rathschreiber gefragt, ob er vor ihnen als Zeugen seinen letzten Willen kund geben wolle, was er bejahte, und sofort auf die weitere Frage, in was sein letzter Wille bestehe, hat er diesen vor ihnen erklärt, und nachdem die Testamentsurkunde verfaßt und ihm vorgelesen worden, die Frage, ob es so recht sei, bejaht.

---

[63] Vollständig nebst der Entscheidung des Gerichtshofes zu Eßlingen mitgetheilt von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. IV, S. 193 bis 195, 199.

Nun ist unzweifelhaft durch die Bestimmung des Landrechtes, der Testirer habe an die Zeugen die Bitte zu stellen, seines eröffneten letzten Willens Zeuge zu sein, eine neue Förmlichkeit nicht geschaffen worden, sondern das Landrecht wollte nur die gemeinrechtliche Vorschrift der Rogation der Zeugen wiederholen. Die Bitte kann daher auch der Eröffnung des letzten Willens vorausgehen und wird ihr auch zweckmäßig vorangesendet werden, und ebensowenig ist es nothwendig, daß sich der Testirer hiebei der Worte des Landrechtes bedient, was um so weniger als nothwendig angenommen werden darf, als schon das römische Recht in der cst. 26 Cod. de test. (6, 23) formale Worte als abgethan erklärt hat und das Landrecht beabsichtigte, „ringere" Testamentsformen einzuführen und das Testiren zu erleichtern. Vielmehr muß es als dem Gesetze vollständig entsprechend angenommen werden, wenn aus den Aeußerungen und dem Benehmen des Testirers unzweideutig erhellt, daß er die Zeugen und den geschworenen Schreiber zu sich berufen habe, um vor ihnen als Testamentszeugen seinen letzten Willen zu erklären. Und in einer solchen unzweideutigen Art ist im vorliegenden Falle von dem Testirer die Rogation der Zeugen geschehen. Denn bekannten Rechtens ist, daß die Berufung der Zeugen auch im Auftrag des Testirers von einem Andern, selbst von den Testamentserben geschehen kann. Wenn nun der Testirer vor den durch einen Dritten berufenen Zeugen und vor dem Rathschreiber, als sie vor ihm sich versammelt hatten, auf die Frage, ob er vor ihnen als Zeugen seinen letzten Willen kund geben wolle, dieses bejahte und sofort wirklich vor ihnen seinen letzten Willen aussprach, so ist damit nicht nur dargethan, daß die Zeugen und der Rathschreiber mit dem Willen des Testirers zur Testamentserrichtung berufen worden sind, sondern es muß auch die landrechtliche Rogation der Zeugen darin gefunden werden. Zudem ist in der Urkunde ausdrücklich gesagt, daß diese Personen von dem Testirer ersucht worden seien,

Zeugen seiner letzten Willensverordnung zu sein, und nachdem diese Urkunde ihrem ganzen Inhalte nach ihm vorgelesen war, hat er es bejaht, daß sie seinem Willen gemäß abgefaßt sei, worin eine neue Bestätigung liegt, daß er vor gedachten Personen als Testamentszeugen seinen letzten Willen erklären wollte, daß sie also Zeugen seines Testamentes sein sollten.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. Dezember 1858 in der Appellationssache H. c. H.

h) Gegen die Behauptung, daß es an der gehörigen Rogation der Testamentszeugen fehle, wird in anderen Entscheidungsgründen gesagt, spricht schon der Inhalt des Testamentes, in dessen Eingang gesagt ist, daß an die Zeugen von der Testirerin die Bitte gerichtet worden sei, Zeugen ihres letzten Willens zu sein.[64] Da überdieß durch die Aussagen der vernommenen Zeugen konstatirt ist, daß die Testirerin in Gegenwart derselben ihre Zustimmung zu dem Testamentsaufsatze erklärt hat, und da dieselbe, in der Absicht zu testiren, vor dem Notar und den Zeugen erschienen ist (es handelte sich um ein Testament nach der vierten Form des Landrechtes) und nach Abgabe ihrer Willenserklärung der Solennisation ihres Testamentes mittelst Unterzeichnung und Besiegelung der Testamentsurkunde seiten dieser Zeugen anwohnte, während sie wissen mußte, daß zur Testamentserrichtung die Beiziehung von Zeugen nothwendig sei, so ist klar, daß sie durch dieses Benehmen die Beiziehung dieser Personen als Zeugen ihres letzten Willens genehmigt hat, was zu einer giltigen Rogation hinreicht.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Januar 1870 in der Appellationssache Th. c. S.

i) In einer weiteren Entscheidung, wobei es sich um ein gemeinrechtliches mündliches Privattestament handelte,

---

[64] Vgl. auch die Entscheidung des Obertribunals vom 17. Juni 1862 in diesem Archive Bd. X, S. 200 ff.

ist gesagt: Nach der übereinstimmenden Ansicht der Doktrin und Praxis hat die aus dem römischen Rechte in die Notariatsordnung vom Jahre 1512 §. 2 übergegangene Vorschrift, daß die Zeugen insonderheit zu Aufrichtung des Testamentes berufen und genommen werden, [65] keine andere Bedeutung, als die, daß die Gegenwart der Zeugen bei dem Testamente keine blos zufällige und keine unfreiwillige sein darf. Es ist weder eine bestimmte Form, in welcher die Zeugen zur Mitwirkung bei der Testamentserrichtung aufgefordert werden müssen, vorgeschrieben, noch ist es ein wesentliches Erforderniß, daß sie von dem Testirer selbst, oder in Folge eines ausdrücklichen Auftrags desselben gerufen werden. Es genügt, daß der Testirer durch die Vornahme der Handlung vor den von einem Dritten gerufenen Zeugen deren Berufung stillschweigend genehmigt. [66]

Entscheidung des Obertribunals vom 22. April 1870 in der Appellationssache B. c. B.

k) Ein nach der vierten Landrechtsform von zwei Ehegatten gemeinschaftlich errichtetes Testament wurde unter Anderem darum als nichtig angefochten, weil unerwiesen sei, daß, wie dieß bei einem gemeinschaftlichen Testamente nach der Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 14, erforderlich gewesen, die Testamentszeugen von den testirenden Eheleuten, und zwar von jedem besonders, rogirt gewesen seien. Allein, sagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals, im Eingange des Testamentes heißt es, der Notar habe die Testirer aufgefordert, die nöthige Anzahl Zeugen beizubringen, und sie seien dann mit den hienach unterzeichneten fünf Zeugen erschienen. Hienach hat der Notar beide Testirer angewiesen, Zeugen zu holen, und sie beide haben sodann die Zeugen herbeigebracht und dem Notar vorgestellt, womit sie unzweifel-

---

[65] **Emminghaus**, corp. jur. germ., p. 128.

[66] Vgl. Note 61; **Windscheid**, Pand. Bd. III, §. 542; **Strippelmann**, Entsch. Bd. IV, S. 260.

haft ausgedrückt haben, daß sie Beide mit der Rogation der Zeugen einverstanden gewesen sind. Zudem sind in dem Testamente am Schlusse desselben, unmittelbar vor den Unterschriften der Zeugen, diese als „besonders" erbetene Zeugen bezeichnet, womit (zu vergl. Landrecht a. a. O. „sie sollen die Zeugen insonderheit oder sämmtlich ersuchen) offenbar gesagt werden wollte, die Zeugen seien von jedem Ehegatten rogirt worden. Daß eine solche Anführung im Testamente die geschehene Rogation zu beweisen im Stande ist, kann, da diese Testamentsurkunde einem notariellen Instrumente gleichkommt, einem Zweifel nicht unterliegen. Der Notar, welcher die Urkunde abgefaßt hat, konnte zwar die Erbetung der Zeugen nicht selbst mit ansehen, aber, wenn er die Testirer angewiesen hat, die letzteren zu holen, jene alsdann die Zeugen herbeibrachten und diese sich bereit zeigten, Zeugen des Testamentsaktes zu sein, so war hiemit, wie erwähnt, die Berufung der Zeugen ebenfalls ausgedrückt. Von diesen Vorgängen aber war der Notar Zeuge und konnte daher dieselben auch in der Testamentsurkunde feststellen.

Entscheidung des Obertribunals vom 27. Juni 1870 in der Berufungssache B. c. M.

25) Testamentszeugen; Erforderniß der persönlichen Bekanntschaft mit dem Testirer.

Es ist gemeinrechtlich bestritten, ob sämmtliche Testamentszeugen oder doch die große Mehrheit derselben den Testirer persönlich gekannt haben müssen, indem von einzelnen gemeinrechtlichen Schriftstellern das Erforderniß der persönlichen Bekanntschaft der Testamentszeugen mit dem Testirer theils allgemein, theils in beschränkter Weise aufgestellt wird, [67] während die Mehrzahl der Rechtslehrer das Erforderniß verneint. [68] Die württembergischen Gerichte

[67] Glück, Komm. Bd. XXXIV, S. 304; Bd. XLIV, S. 453; Sintenis, Civilrecht Bd. III, S. 378.

[68] Marezoll, in Linde's Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß

haben sich der letzteren Ansicht, insbesondere auch im Hinblick auf das württembergische Recht angeschlossen. So wurde von einem Gerichtshofe hervorgehoben, daß aus dem Generalreskripte vom 13. November 1788 — worin Diejenigen, welche sich mit Fertigung von Testamenten beschäftigen, ernstlich erinnert werden, in Fällen, wo ganz unbekannte Personen testiren zu wollen angeben, alle mögliche Sorgfalt zu gebrauchen und fremden testatoribus, welche weder den Verfasser des Testamentes, noch einigen der Zeugen ihrer Person nach näher bekannt sein werden, nicht leichtlich zu Willen zu sein [69] — und aus dem §. 18 der Notariatsordnung vom 25. Oktober 1808, — wo gesagt sei, daß, wenn die Person des Testirers dem Notar und den Zeugen gänzlich unbekannt sei, vor Verfertigung des Testamentes mit möglichster Gewißheit auszumitteln sei, daß der Testirer wirklich diejenige Person sei, für welche er sich ausgebe, [70] — auf's deutlichste hervorgehe, daß das württembergische Recht von der Ansicht, daß die Testamentszeugen den Testator persönlich gekannt haben müssen, nicht ausgehe, daß vielmehr, wenn Streit über die Identität des Testators entstehe, Demjenigen, der Rechte aus diesem Testamente in Anspruch nehme, überlassen bleibe, auf dem gewöhnlichen Wege dessen Aechtheit darzuthun. [71] Ebenso wurde von dem Gerichtshofe zu Tübingen in einer andern Sache unter dem 6. März 1858 ausgesprochen, daß das Generalreskript vom 13. November 1788 (zu vergl. Notariatsedikt von 1808, §. 18) die Rechtsbeständigkeit des von einem dem Testamentsverfasser und den Zeugen unbekannten Testirer errichteten Testa-

---

Bd. V, S. 429—435; **Seuffert**, Pand., 4. Aufl., Bd. III, §. 524, N. 5; **Vangerow**, Pand., 6. Aufl., Bd. II, §. 444, S. 164, 165; **Holzschuher**, Theorie Bd. II, S. 563.

[69] **Reyscher**, Samml. der württemb. Gesetze Thl. III, S. 676.

[70] Reg.-Blatt von 1808, S. 563; **Zeitter**, freiw. Gerichtsbarkeit §. 268; **Kappler**, Notariatsgesetze S. 666, N. 1.

[71] **Tafel**, Civilrechtsspr. Bd. IV, S. 105, 106.

mentes zur nothwendigen Voraussetzung habe, indem dasselbe den Testamentsverfasser ermahne, einem derartigen Testirer „nicht leichtlich" zu Willen zu sein, und als Grund hiefür nicht etwa rechtliche Anstände, sondern allein die Gefahr einer Betrügerei anführe. Demnach sei die Identität des Testirers im Anstandsfalle durch die gewöhnlichen Beweismittel zu erheben. [72]

In letzterer Sache erkannte das Obertribunal bestätigend unter Verweisung auf die Entscheidungsgründe des Gerichtshofes.

Entscheidung des Obertribunals vom 3. September 1858 in der Appellationssache W. c. G.

Ebenso hat das Obertribunal in weiteren Fällen, unter Hinweisung auf das Generalreskript vom 13. Nov. 1708 und die Notariatsordnung von 1808, §. 18, konstant sich dahin ausgesprochen, daß die im gemeinen Rechte bestrittene Frage, ob die Testamentszeugen den Testirenden gekannt haben müssen, nach dem württembergischen Rechte zu verneinen sei, [73] und der Beweis der Identität des Testirers durch die allgemeinen Beweismittel geführt werden könne. [74]

Entscheidungen des Obertribunals vom 20. Dezember 1858 in der Appellationssache H. c. H.; vom 30. Mai 1866 in der Appellationssache R. c. M.; vom 15. Juni 1869 in der Appellationssache H. c. Schw.; vom 27. Juni 1870 in der Berufungssache B. c. M. [75]

26) Testamentszeugen; Wirkung der Unfähigkeit derselben.

Ein im Jahre 1855 nach gemeinrechtlicher Form errichtetes Privattestament war unter Anderem aus dem Grunde angefochten worden, weil nur sechs fähige Zeugen zugezogen worden seien, sofern einer der sieben Zeugen im Jahre 1821 eine viermonatliche Festungsarbeitsstrafe

---

[72] Neuffer, Zeitschrift für Rechtspflege Bd. I, S. 215, 216.
[73] Vgl. auch Reyscher, württ. Privatrecht Bd. III, §. 647.
[74] Dieses Archiv Bd. X, S. 201.
[75] Vgl. unten Nro. 42.

(„wegen verübter Gewalt, zugefügter Körperverletzung und Störung des Hausfriedens") erstanden habe, in Folge dessen aber zum Instruments- und Solennitätszeugniß unfähig sei. [76] Dem entgegen war geltend gemacht worden, daß man allgemein von der Unfähigkeit des Zeugen nichts gewußt und die längst vergessene Strafe Niemand mehr bekannt gewesen sei, in diesem Falle aber nach gesetzlichen Bestimmungen die Unfähigkeit für die Vergangenheit als nicht vorhanden zu betrachten sei, und somit der Giltigkeit des Testamentes keinen Eintrag thun könne. Letzteres wurde als begründet erachtet und es besagen hierüber die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Ob der Zeuge T. in Folge der von ihm im Jahre 1821 erstandenen viermonatlichen Arbeitshausstrafe zum Instruments- und Solennitätszeugniß unfähig sei, kann dahingestellt bleiben, da, wenn auch diese Frage zu bejahen wäre (was nach den Umständen des Falles Zweifeln unterlag), das Testament dennoch nicht aus diesem Grunde als ungiltig erkannt werden kann. Denn die meisten Rechtslehrer nehmen auf den Grund des §. 7 J. de testam. ordin. (2, 10) und der cst. 1 Cod. de testam. (6, 23) [77] an, daß jener Mangel die Ungiltigkeit des Testamentes alsdann nicht zur Folge habe, wenn der unfähige Zeuge allgemein für einen giltigen Zeugen gehalten wurde, also das gesammte Publikum in diesem Irrthum sich befand, oder in einer Gemeinde, welcher der Zeuge angehört, diese Meinung herrschte. [78] Es findet diese Ansicht in den angeführten Gesetzesstellen ihre Begründung, wonach ein Testament, bei welchem ein Sklave als Zeuge zugezogen war,

---

[76] Vgl. Sarwey, Monatschr. Bd. XIII, S. 485; Hufnagel, Mitth. Bd. I, S. 164; Strippelmann Entsch. Bd. VII, S. 701.

[77] Gegen Puchta, Pand. 6. Aufl., §. 465; Arndts, Pand. §. 486; Sintenis, Civilrecht Bd. III, S. 382, not. 19.

[78] Holzschuher, Kasuistik Bd. II, Abth. 1, S. 564, b; Seuffert, Pand. §. 71, N. 8; Göschen, Vorlesungen Bd. V, §. 830; Weiske,

alsdann giltig sein solle, wenn derselbe allgemein für frei gehalten wurde und seine Freiheit bis dahin von Niemand bestritten war. Denn die Gnade (liberalitas) der Kaiser, wodurch nach der angeführten Institutionenstelle das Testament aufrecht erhalten werden soll, kann nicht aus der Begünstigung der Freiheit des Menschen, da ja der für frei gehaltene Sklave Sklave blieb, sondern nur aus der gesetzlichen Begünstigung der Aufrechthaltung letztwilliger Verordnungen erklärt werden. Es ist damit, wie es in den römischen Gesetzen häufig vorkommt, an einem Beispiele ein allgemeiner Rechtssatz aufgestellt, der Satz nämlich, daß ein allgemeiner Irrthum über die Fähigkeit eines Zeugen der Giltigkeit des Testamentes keinen Eintrag thun solle. Es wird diese Ansicht auch von Godofredus in seinen Noten zu der angeführten Codexstelle aufgestellt, indem er bemerkt: „testes debent esse liberi, vere vel putative, hinc illud, communis error jus facit. Communis opinio veritatis vim sustinet," und es wird die Richtigkeit der Ansicht auch dadurch bestätigt, daß sie auch in Vertragsverhältnissen Geltung hat, indem das Senatus Consultum Macedonianum bei einem Haussohne hinwegfällt, welcher allgemein für einen selbstständigen Mann gegolten und als solcher gehandelt und Verträge eingegangen hatte: „sic contrahebat, sic muneribus fungebatur." l. 3 pr. D. de S. C. macedoniano (14, 6).

Daß nun eine solche allgemeine Ansicht über die volle bürgerliche Ehre des Zeugen T. in der Gemeinde F. herrschte, wird durch das amtliche Zeugniß des dortigen Stadtschultheißen B. dargethan, daß ihm von einer Strafe des Zeugen nichts bekannt gewesen, und dieser schon einige Male in den Bürgerausschuß gewählt worden sei. Denn,

---

Rechtslexikon Bd. X, S. 771; **Lauterbach**, Coll. ad. lib. 28, tit. 1, §. 63; Annot ad Jus prov. Württ. P. III, §. 58; **Reyscher**, württ. Privatrecht Bd. III, §. 647; **Wächter**, württ. Privatrecht Bd. II, §. 21, S. 121, N. 6; **Hufnagel**, Mittheilungen Nro. 64; **Vangerow**, Pand. 6. Aufl., Bd. II, §. 444, Ziff. I. b., S. 165.

wie in der angeführten l. 3 pr. D. (14, 6), hatte der Zeuge als der in seiner Ehre unangefochtene Mann ein Gemeindeamt bekleidet; er war hiezu durch das Vertrauen seiner Mitbürger berufen worden, was nur aus deren Ansicht von seiner Unbescholtenheit und Wählbarkeit sich erklären läßt, und zwar nicht aus ihrer Unbekanntschaft mit der unzweifelhaft allgemein bekannten Bestimmung des Verwaltungsediktes §. 6 und 49, wonach Kriminalverbrecher nicht in den Bürgerausschuß gewählt werden dürfen, sondern aus Unbekanntschaft mit dem von dem Zeugen vor 36 Jahren in jugendlicher Aufwallung verübten und abgebüßten Verbrechen, welches während dieser langen Zeit der Vergessenheit anheimgefallen war.

Kaum der Bemerkung bedarf es, daß die Weisung an die Notare in der Notariatsordnung von 1512, bei Errichtung von Testamenten mehr als die erforderliche Anzahl von Zeugen beizuziehen, damit das Testament bei Kräften erhalten werde, wenn der eine oder der andere Zeuge als unfähig erfunden würde, die von der Regel, daß selbst ein wegen Irrthums begangener Formfehler das Rechtsgeschäft unkräftig mache, gesetzlich begründete Ausnahme nicht aufhebt, sondern nur bezweckt, die Giltigkeit des Testamentes möglichst zu retten, also namentlich in Fällen, wo die Ausnahme nicht zutrifft.

Die Debatte in der Kammerverhandlung über das Gesetz vom 5. September 1839 betraf nur den Einfluß eines Irrthums des Testirers hinsichtlich der Unfähigkeit eines Testamentszeugen wegen einer erlittenen infamirenden Strafe auf die Rechtsbeständigkeit des Testamentes, und es wurde ein solcher Irrthum nicht für entschuldigend erklärt. Allein die gesetzlich begründete Ausnahme eines allgemeinen Irrthums kam nicht zur Sprache. [79]

Entscheidung des Obertribunals vom 8. September 1857 in der Appellationssache B. c. L.

---

[79] Verhandlungen der Abgeordnetenkammer vom Jahre 1839, Bd. V, S. 24 ff.

27) Die Einheit der Handlung bei der Testamentserrichtung.[80]

a) Die Einheit der Handlung ist eine nur bei Privattestamenten nothwendige Förmlichkeit, da bei gerichtlichen Testamenten wegen des durch die öffentliche Behörde begründeten öffentlichen Glaubens keine weiteren Förmlichkeiten erforderlich sind und die unitas actus aus dem alten Civiltestamente per aes et libram in das neuere Privattestament überging.[81]

Entscheidung des Obertribunals vom 8. Dezember 1843 in der Appellationssache B. c. M.

b) Bezüglich eines vor einem Notar und fünf Zeugen nach der sogenannten sechsten Form errichteten schriftlichen Testamentes war der Einwand erhoben worden, daß es an der Einheit der Handlung fehle. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe besagen hierüber: Nach dem Zeugniß des Gerichtsnotars wurde, als alle fünf Zeugen versammelt waren, von ihm denselben die Testirerin zur Prüfung ihrer Testirfähigkeit vorgestellt, womit der Akt der Testamentserrichtung seinen Anfang nahm, und als sich hiebei kein Anstand ergab, wurde mit der Testirerin der bereits durch den Gerichtsnotar gefertigte Aufsatz durchgangen und vorgelesen, worauf dieselbe erklärte, daß der deutlich vorgehaltene Aufsatz den von ihr erklärten letzten Willen

---

[80] Seuffert, Archiv Bd. I, Nro. 95, Ziff. 4; Bd. XIII, Nro. 45; Bd. XIX, Nro. 102; Bd. XXII, Nro. 54.

[81] Lauterbach, Coll. Pand. lib. 28, tit. 1, §. 56; Hofaker. princ. tom. II, §. 1261; Thibaut, Pand., 8. Ausg., §. 829 vgl. mit §. 831; Glück, Komm. Bd. XXXIV, §. 1412, S. 286; Schweppe, röm. Privatrecht Bd. V, §. 815; Höpfner, Komm. 7. Aufl., §. 443, 444; Weishaar, württ. Privatrecht Bd. II, §. 719; Stein, Erbrecht 3. Aufl., §. 52. Das OAG. zu Wolfenbüttel hat am 26. Februar 1841 ausgesprochen, daß die rücksichtlich der Einheit der Handlung für Privattestamente bestehende Vorschrift bei gerichtlichen Testamenten ebenfalls zu befolgen sei. Seuffert, Archiv Bd. XIX, Nro. 102.

richtig und vollständig enthalte. Sofort wurde derselbe von der Testirerin, dem Notar und den fünf Zeugen unterschrieben und gesiegelt, womit Alles geschehen war, was die Testirerin und die Zeugen bei einem schriftlichen Privattestamente zu beobachten hatten, und da mit der Unterzeichnung des letzten Zeugen der Akt der Solennisation sich schloß und zwischen diesem Schlusse und dem oben bezeichneten Anfang des Testiraktes keinerlei Unterbrechung stattgefunden hat, so ergibt sich hieraus, daß bei der Errichtung des Testamentes die gesetzlich nothwendige Einheit der Handlung beobachtet worden ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 22. Mai 1858 in der Appellationssache N. c. A.

c) Als wesentlicher Testirakt erscheint beim schriftlichen Testamente die Vorlegung eines schriftlichen Aufsatzes unter der Erklärung des Testators, daß derselbe seinen letzten Willen enthalte, die Unterzeichnung desselben in Gegenwart der Zeugen und die Unterzeichnung und Besiegelung durch die Zeugen. Alle diese für den Testirakt wesentlichen Handlungen müssen in Gegenwart der sämmtlichen Testamentszeugen, und ohne Unterbrechung vor sich gehen. Dagegen erscheint es als unwesentlich für die Giltigkeit eines schriftlichen Testamentes, ob bei Abfassung des die Willenserklärung des Testirers enthaltenden Aufsatzes die Testamentszeugen anwesend waren, oder nicht.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. April/25. Mai 1858 in der Appellationssache S. c. F.

d) Ein Testament war von einem Notar und fünf Zeugen in derjenigen vierten landrechtlichen Form errichtet worden, nach welcher dem Testirer gestattet ist, seinen letzten Willen anstatt mündlicher Eröffnung schriftlich zu verzeichnen und vorlesen zu lassen (Landrecht Thl. III, Tit. 3, §. 10), und wonach die in der Testamentsurkunde erwähnte Eröffnung des letzten Willens der Testirer an die Zeugen gerade in der Vorlesung des diesen Willen enthaltenden Aufsatzes besteht. In diesem Falle, ist

in den Entscheidungsgründen des Obertribunals gesagt, beginnt der eigentliche Testamentsakt, zu dessen Giltigkeit Einheit des Aktes und gleichzeitige Anwesenheit aller Testamentszeugen erfordert wird, selbstverständlich nicht mit dem Anfang des Niederschreibens des Testamentsaufsatzes, sondern es besteht derselbe in Verlesung des niedergeschriebenen Aufsatzes und in Beobachtung der übrigen für die vierte landrechtliche Testamentsform vorgeschriebenen Förmlichkeiten. Es ist sonach ohne rechtlichen Einfluß auf die Testamentsgiltigkeit, ob der Aufsatz, dessen Verlesung zur Grundlage der Testamentserrichtung dienen soll, in Anwesenheit eines Theiles oder aller zu der eigentlichen Testamentserrichtung berufenen Zeugen niedergeschrieben und in die Testamentsurkunde selbst aufgenommen wird.[82] Da nun in dem vorliegenden Falle konstatirt ist, daß alle Zeugen bei der Verlesung des von dem Notar niedergeschriebenen Testamentsaufsatzes, sowie während der Befragung und Erklärung des Testirers über den Inhalt desselben und über ihre Willensfreiheit, endlich während der Solennisirung der Testamentsurkunde ununterbrochen anwesend waren, so ist die zur Giltigkeit der Testamentserrichtung wesentlich erforderliche Einheit der Handlung gewahrt.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Januar 1870 in der Appellationssache Th. c. S.

c) Nach dem allgemeinen Ausspruch der l. 183 D. de reg. jur. (50, 17): „Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est,“ kann in Punkten, wo die cst. 28 Cod. de test. (6, 23) nicht schon im Allgemeinen eine Milderung eingeführt hat und die Einheit der Testirhandlung durch kleinere unbedeutende Unterbrechungen, die nicht gerade die Leibesnothdurft betrafen, gestört worden ist, für die Giltigkeit des Testamentes entschieden werden,

[82] Consil. Tub. Tom. V cons. 45, Nro. 2, 22—32.

wenn augenscheinliche Billigkeitsgründe dafür sprechen.[83] Auf den Grund dessen wurde in einem Falle, wo ein Testament auf Grund der während des Testiraktes erfolgten kurzen Entfernung eines Zeugen als ungiltig angefochten worden war, angenommen, daß in der kurzen Abwesenheit des Zeugen Sch. keine solche Unterbrechung des Testiraktes angenommen werden könne, welche die Giltigkeit des Testamentes in Frage stellen könnte, besonders, da nicht nur bezeugt worden, daß, sobald der Zeuge Sch. an die Thüre sich begeben, der Notar die Feder weggelegt habe, sondern auch die Testamentsurkunde besage, daß der Notar und die fünf Zeugen den letzten Willen, wie er in der Urkunde aufgezeichnet sei, von der Testirerin vernommen haben, also anzunehmen gewesen sei, daß während der kurzen Abwesenheit des Zeugen Sch. die Testirerin mit ihrer letzten Willenserklärung inne gehalten habe.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. März 1859 in der Appellationssache M. c. H.

Das württembergische Landrecht enthält eine Bestimmung über das Erforderniß der Einheit des Ortes, der Zeit und der Handlung bei Testamenten nicht, und ist daher dasselbe aus dem gemeinen Rechte zu erklären. Die Einheit des Ortes besteht darin, daß sämmtliche rogirte Zeugen mit dem Testator an demselben Orte versammelt sind, daß sie also alle während des *ganzen Testiraktes* sich in unmittelbarer Nähe befinden — cst. 9, 12, 21 Cod. de test. (6, 23). — Die Einheit der Zeit und des Tages ist dann gewahrt, wenn der Testirakt an einem und demselben *Kalendertage*[84] begonnen und vollendet wird, und zwar in ununterbrochener Zeitfolge von Anfang

---

[83] *Marezoll*, über die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes, des Tages, der Zeit und des Rechtsaktes in *Linde*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. IV, S. 95; *Weiske*, Rechtslexikon, Bd. X, S. 777.

[84] Dagegen *Puchta*, Pand., §. 464.

bis zu Ende, so daß keine Pausen dazwischen fallen, -- cst. 21, pr. Cod. de test. (6, 23); Reichsnotariatsordnung von 1512, §. 7. — Die Einheit der Handlung endlich besteht darin, daß der Testirakt, sobald er einmal begonnen, bis zu seiner Vollendung durch keine demselben fremde Handlung unterbrochen werde — §. 3 J. de test. (2, 10); l. 21, §. 3 D. de test. (28, 1).[85] — Die Beurtheilung der Einheit des Testiraktes hängt hienach davon ab, worin im einzelnen Falle, je nach der gewählten Testamentsform, der wesentliche Testirakt besteht, und wie sein Anfang und sein Ende zu bestimmen ist.

Bei dem schriftlichen Testamente nun beginnt der solenne Testirakt mit dem Vorweisen der Testamentsurkunde von Seiten des Testirers an die versammelten rogirten Zeugen und mit der ausdrücklichen Erklärung des Testirers, daß diese Urkunde seinen testamentarischen letzten Willen enthalte, worauf der Testirer selbst unterschreibt und dann die Urkunde den Zeugen zum Siegeln und Unterschreiben vorlegt. Vollendet ist der ganze Testirakt, sobald der letzte Zeuge unterschrieben und gesiegelt hat — cst. 21 Cod. de test. (6, 23).

Bei dem mündlichen Testamente besteht nach den Bestimmungen des römischen Rechtes der Anfang des Testiraktes in dem begonnenen mündlichen Aussprechen des letzten Willens, und geendigt ist der Akt, sobald der Testirer mit seiner letztwilligen mündlichen Erklärung fertig ist. cst. 26 Cod. de test. (6, 23).[86]

Nach der für die vierte Testamentsform gegebenen Bestimmung des württembergischen Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 10, kann der Testirer seinen letzten Willen dem

---

[85] **Vangerow**, Pand., 6. Aufl., Bd. II, §. 444, Anm. II, S. 165 ff.

[86] **Marezoll**, über die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes, des Tages, der Zeit und des Rechtsaktes in **Linde's** Zeitschrift, Bd. IV, S. 98 ff.; **Hofaker**, princ. tom. II, §. 1261.

Notar und den Zeugen entweder mündlich oder durch Vorlesung eines denselben enthaltenden Aufsatzes eröffnen. Es beginnt daher der solenne Testamentsakt in dem einen Falle mit dem mündlichen Aussprechen des letzten Willens, im andern Falle mit dem Vorlesen des denselben enthaltenden schriftlichen Aufsatzes. Unbegründet ist es, wenn daraus, daß das Landrecht die Errichtung eines mündlichen Privattestamentes auch durch das Vorlesen eines den letzten Willen enthaltenden Aufsatzes gestattet, gefolgert werden will, daß im Falle der mündlichen Eröffnung des letzten Willens der wesentliche Testirakt erst mit der Vorlesung des nach erfolgter mündlicher Eröffnung in Anwesenheit der Zeugen zu Papier gebrachten letzten Willens beginne, und daß demnach die Einheit des Testiraktes gewahrt sei, wenn auch blos von der Vorlesung dieses zu Papier gebrachten Aufsatzes an bis zum Schlusse der Verhandlung keine Unterbrechung stattgefunden habe. Der Testirakt nimmt seinen Anfang mit dem Augenblicke, wo der Testirer mit der Eröffnung seines letzten Willens an den Notar und die Zeugen beginnt; denn diese Eröffnung bildet das Wesen des mündlichen Testamentes, und diese Eröffnung besteht in dem einen Falle des §. 10 in dem mündlichen Aussprechen, in dem andern Falle in dem Vorlesen des letzten Willens. Wird der letzte Wille mündlich erklärt, so bildet diese mündliche Erklärung den wesentlichen Testamentsakt, sie ist diejenige Förmlichkeit, deren Beobachtung dem Testirer bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, während die Vorlesung des erst nach erfolgter mündlicher Eröffnung in eine Schrift gebrachten letzten Willens keine von dem Testirer zu beobachtende, sondern eine dem geschworenen Schreiber oder Notar obliegende Förmlichkeit ist.

Die letztgedachte Förmlichkeit, die Protokollirung des erklärten letzten Willen des Testirers durch den Notar oder geschworenen Schreiber, und die Vorlesung des Protokolls in Gegenwart der Zeugen und des Testirers bildet

gar keinen wesentlichen Theil des Testiraktes, dessen Unterlassung die Nichtigkeit des Testamentes begründen würde, vielmehr ist der wesentliche Testirakt mit der Beendigung der Erklärung des letzten Willens an die Zeugen seiten des Testirers geschlossen, und nur auf den Zeitraum bis zur Vollendung der Erklärung bezieht sich daher auch das Erforderniß der Einheit des Aktes.

Das mündliche Testament besteht seinem Wesen nach in der mündlichen Eröffnung des letzten Willens durch den Testirer an die hiezu berufenen Zeugen, und das Wesentliche desselben ist, wie auch die Reichsnotariatsordnung von 1512, §. 1, besagt: „daß es zu seinem Wesen oder Substanz keine Schrift bedarf.“ Hieraus folgt, daß mit der beendigten Eröffnung an die Zeugen auch der Testirakt selbst beendigt ist. Nach römischem Rechte steht dieß außer Zweifel. Allerdings hat jedoch die Mißlichkeit des Beweises eines blos mündlich errichteten Testamentes von selbst dahin geführt, eine Niederschrift mit der mündlichen Handlung zu verbinden (testamentum noncupativum in scripturam redactum). Allein diese Niederschrift geschieht nur des Beweises wegen und bildet keinen Theil des solennen Testiraktes.[87] Zwar bestimmt die Reichsnotariatsordnung von 1512 in dem Titel von Testamenten, §. 5: „fürter so ist auch in einem jeden Testamente, ob es gleich nuncupativum als ohn Schrift gemacht wäre, nöthig, daß alle Handlung, so zu solches Testamentes Aufrichtung ergangen und aufgeschrieben wäre, vor dem Testirer und den Zeugen, ehe denn sie von einander scheiden, vorgelesen werden,“ und auf den Grund dieser Bestimmung wird von Manchen angenommen, daß damit das Aufschreiben des mündlich eröffneten letzten Willens und das Vorlesen des Aufgeschriebenen zu einem wesentlichen Theile des Testir-

---

[87] Glück, Komm., Bd. XXXIII, S. 332 ff., Bd. XXXV, S. 6 ff.; Puchta, Pand., 9. Aufl., §. 464; Arndts, Pand., §. 485; Keller, Pand., §. 478.

aktes erklärt worden sei. [88] Da aber die Notariatsordnung, §. 1, sagt, daß das testamentum nuncupativum „allein durch mündliche Erklärung ohne Schrift oder ohn schriftliche Solennität" aufgerichtet werde und „zu seinem Wesen oder Substanz keine Schrift bedarf," da der §. 8 weiter verordnet: „Aber die Form eines Testamentes, das nuncupativum genannt wird, ist also: daß der oder die, so das Testament machen will, des oder deren, so er oder sie zu Erben haben, oder des oder deren, denen er etwas verschaffen oder verlassen will, Namen, und was er im Testamente begriffen haben wollte, vor sieben Zeugen, die dazu berufen oder gebeten sein sollen, öffentlich und klärlich benennt und ausdrückt," so ist damit dargethan, daß auch die Notariatsordnung die Niederschrift des von dem Testirer vor den Zeugen erklärten letzten Willens nicht als einen wesentlichen Theil des Testiraktes betrachtet. Es kann daher nicht angenommen werden, daß durch die Vorschrift, „daß alle Handlung, so zu solches Testamentes Aufrichtung ergangen und aufgeschrieben wäre, vor dem Testirer und den Zeugen, ehe sie von einander scheiden, vorgelesen werden" solle, die römisch rechtliche Bestimmung über die Einheit der Handlung auch auf die Zeit von der mündlichen Eröffnung des letzten Willens seiten des Testirers an die versammelten Zeugen und den Notar bis zu dem Verlesen der hierüber aufgenommenen Urkunde habe ausgedehnt werden wollen. Offenbar wollte die Notariatsordnung nichts Weiteres verordnen, als daß, wenn über ein mündliches Testament eine Urkunde verfaßt werde, solche unmittelbar nach der mündlichen Erklärung des letzten Willens aufgenommen, und nicht auf eine spätere Zeit verschoben werden solle. Würde aber Letzteres dennoch geschehen, so würde darum die Giltigkeit des durch münd-

[88] **Marezoll**, a. a. O. S. 99; **Vangerow**, Pand., 6. Aufl., Bd. II, §. 444 a. E., S. 168, und, wie es scheint, auch **Mühlenbruch**, Pand., 2. Aufl., Bd. III, §. 660 a. E. Zweifelhaft **Sintenis**, Civilrecht, Bd. III, §. 169, Note 17.

liche Eröffnung vor Notar und Zeugen vollendeten letzten Willens nicht in Frage gestellt werden können, und es könnte sich blos fragen, ob einem solchen Instrumente die volle Beweiskraft zukomme.[89]

Wie man aber auch die angeführte Bestimmung des des §. 5 der Reichsnotariatsordnung von 1512 auslegen mag, so wird man auf dem Boden des württ. Landrechtes das Aufschreiben des von dem Testirer den Zeugen eröffneten letzten Willens durch den Notar oder Schreiber und das Verlesen dieser Schrift nicht als einen wesentlichen Theil des Testiraktes betrachten und die Vorschrift der Einheit des Aktes daher auch nicht auf jene Handlungen beziehen können. Denn nur was in dem ersten Absatze des §. 10 des Landrechtes Thl. III, Tit. 3 über die vierte Testamentsform verordnet ist, bezieht sich auf dasjenige, was dem Testirer zu thun befohlen ist, während der zweite Absatz vorschreibt, was nicht dem Testirer, sondern dem Notar und den Zeugen zu thun obliegt. Zu Letzterem gehört das Aufschreiben des von dem Testirer eröffneten letzten Willens und das Vorlesen des Aufgeschriebenen. Nach der Bestimmung des Landrechtes Thl. III, Tit. 3, §. 15 wird aber das Testament nur dann für ungiltig erklärt, wenn von dem Testirer Dasjenige versäumt wird, was er nach dem Abs. 1 des §. 10 zu beobachten hat, wogegen die Nichtbeobachtung dessen, was im zweiten Absatze des §. 10 für den Notar und die Zeugen vorgeschrieben ist, der Giltigkeit des Testamentes nicht im Wege steht, wenn der Inhalt und die Richtigkeit des Testamentes durch die bei Errichtung desselben gebrauchten fünf Zeugen bewiesen werden kann.[90] Gehört aber das, was im zweiten Absatze des §. 10 bezüglich der vierten landrechtlichen Form vorgeschrieben ist, nach dem Ausspruch des Gesetzes nicht

---

[89] vergl. Sintenis, a. a. O. S. 381 Note 17; Glück, a. a. O. Bd. XXXV, S. 6 ff.

[90] vgl. unten Nr. 48; dieses Archiv Bd. XII, S. 276, 280 f.; Tafel, Civilrspr. Bd. IV, S. 192 f., Hufnagel, Bd. I, S. 165.

zu den wesentlichen Förmlichkeiten, so kann die römisch-rechtliche Bestimmung über die Einheit der Handlung, welche ein wesentliches Erforderniß ist, nicht über dasjenige hinaus, was in dem ersten Absatz des §. 10 dem Testirer zu thun auferlegt ist, auf dasjenige ausgedehnt werden, was nach dem zweiten Absatz des §. 10 der Notar und die Zeugen zu beobachten haben. Demgemäß würde es auch, wenn der Testirer, nachdem er seinen letzten Willen auf die im ersten Absatz des §. 10 vorgeschriebene Weise vor den erbetenen und versammelten fünf Zeugen und dem Notar ausgesprochen, gestorben wäre, ehe eine Urkunde darüber auf die im zweiten Absatz des §. 10 vorgeschriebene Weise aufgerichtet worden, der Giltigkeit des ausgesprochenen letzten Willens keinen Eintrag thun.

28) Testamentserrichtung; Abfragung des Willens des Testirers.

a) Bezüglich eines nach der vierten Landrechtsform errichteten mündlichen Privattestamentes wurde als durch die Aussagen der abgehörten Testamentszeugen und des Testamentsaktuars festgestellt angenommen, daß die Testirerin ihren letzten Willen nicht selbst erklärt, sondern der Testamentsaktuar ihr denselben in der Weise abgefragt hatte, daß er sie fragte, ob sie diese oder jene Bestimmung treffen wolle, worauf sie sich darüber mit Ja oder Nein oder mit Kopfschütteln erklärte. Die Testirerin habe, gaben die Zeugen an, nicht selbst angegeben, was sie wolle, sie habe selbst weder Namen noch Summe bezeichnet, sondern immer gewartet, bis der Schultheiß ihr Namen und Summe genannt habe, worauf sie mit Ja oder Nein oder mit Kopfschütteln geantwortet habe. Nur Ein Zeuge gab an, daß die Testirerin einige Male auch selbst gesagt habe, sie wolle Diesem und Jenem so oder so viel geben. Hierin wurde von dem Obertribunal keine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Erklärung des letzten Willens der Testirerin gefunden und es besagen diesfalls die Entscheidungsgründe:

Ein Haupterforderniß der vierten landrechtlichen Testamentsform besteht darin, daß, wie das Landrecht in Thl. III, Tit. 3 §. 10 sich ausdrückt, der Testirer seinen vorhabenden letzten Willen, wie es nach seinem Absterben mit seiner Verlassenschaft, Hab und Gütern gehalten werden und welchen, als Erben oder Legatarien, solche zufallen sollen, auch was ihm sonst gefällig, mündlich eröffne oder aber seinen letzten Willen schriftlich verzeichne und verlesen lasse. Für ein „mündliches Eröffnen des letzten Willens" kann es nun aber, nach dem Wortlaut, wie nach dem Geiste des Gesetzes, nicht gelten, wenn der Testirer seinen Willen, anstatt ihn selber zu erklären, sich ihn abfragen läßt und sich in der Hauptsache darauf beschränkt, ja oder nein zu sagen.

Daß auf diese Weise das vorliegende Testament zu Stande gekommen ist, ergibt sich klar aus den Aussagen der abgehörten Testamentszeugen und des Testamentsaktuars, und wenn auch die Testirerin dann und wann oder in Betreff einzelner Abschnitte des Testamentes eine selbstständige Erklärung von sich gegeben haben sollte, so wäre dies den Anforderungen des Gesetzes gegenüber ungenügend, da nach dessen Wortlaut und Geiste die gesammte Erklärung des letzten Willens zum mindesten in den wesentlichen Punkten von dem Testirer ausgehen soll.

Das Landrecht fordert im Thl. III, Tit. 3 §. 10 nichts Anderes, als was auch im gemeinen Rechte bei dem mündlich errichteten Privattestamente gefordert wird, nemlich: eine voluntas testatoris coram testibus palam nuncupata, oder, wie es in einer andern Gesetzesstelle heißt, eine voluntas testatoris simul omnibus manifestata significantis, ad quos substantiam suam pervenire velit vel quibus legata dare vel fideicommissa vel libertates disponere. Insbesondere wird verlangt: palam nuncupari heredes ita ut exaudiri possint, ein vom Testirer selbst ausgehendes, deutliches Benennen der Erben. — §. 14 J. de testam. ord. (2, 10); l. 21 pr. D. qui

testamenta facere (28, 1); cst. 26 Cod. de testam. (6, 23). — Allerdings darf die Anforderung, daß der mündlich Testirende seinen Willen selbstständig kund gebe, nicht in einem allzustrengen, den gewöhnlichen Lebensverhältnissen zuwiderlaufenden Sinne verstanden werden, da gerade Diejenigen, welche aus Mangel an der nöthigen Bildung, oder Krankheits halber außer Standes sind, ihren Willen schriftlich zu verfassen, auf die Form des mündlichen Testamentes vorzugsweise angewiesen sind. Es ist also nicht ausgeschlossen, ja es ist sogar Obliegenheit des Aktuars und der Testamentszeugen, sich über den Willen des Testirers, wenn er zweifelhaft ausgedrückt wurde, durch Fragen genauer zu unterrichten, und auch sogar das kann dem rechtlichen Bestande des Testamentes Nichts schaden, wenn der Testirer, veranlaßt durch einzelne Fragen, seinen Willen in selbstständig gefaßten speziellen Antworten kund gegeben hat.[91] Ein Anderes aber ist es, wenn die Erklärung des letzten Willens der Hauptsache nach, namentlich was die Bezeichnung der Erben und Erbtheile betrifft, blos abgefragt ist, das heißt in der blosen Bejahung oder Verneinung vorgelegter Fragen besteht. Bei einer so zu Stande gekommenen Willenserklärung fehlt es an einer Bürgschaft sowohl dafür, daß der Gedanke des Testirers vollständig und erschöpfend ermittelt, als auch dafür, daß derselbe die Frucht einer ernsten und freien Ueberlegung ist. Es wäre damit, wie Glück[92] sich ausdrückt, den Erbschleichereien und Testamentsfälschungen Thür und Thor geöffnet. Uebrigens könnte es sich noch fragen, ob nicht, da das Landrecht in der Eingangs erwähnten Gesetzesstelle dem Testirer gestattet, seinen letzten Willen, anstatt eigener mündlicher Eröffnung desselben schriftlich zu verzeichnen und verlesen zu lassen, der vorliegende Mangel

---

[91] Vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. III, No. 182; Tafel, Civilrechtsspr. Bd. II, S. 193.

[92] Pandektenkommentar Bd. XXXIV, S. 24.

dadurch geheilt worden sei, daß der Testamentsaktuar, nachdem er das Ergebniß seiner an die Testirerin gerichteten Fragen zu Papier gebracht hatte, den Aufsatz, wie sich dieß aus dem Zeugenverhöre unzweifelhaft ergibt, der Testirerin vor den Zeugen vorlas und daß hierauf das Vorgelesene von der Testirerin gutgeheißen wurde. Diese Frage ist zu verneinen.

Das Landrecht fordert auch dann, wenn der Testirer seinen Willen in gehöriger Weise mündlich eröffnet hat, daß derselbe vom Aktuar schriftlich aufgenommen und dem Testirer vorgelesen werde. Das Vorlesen dieses, erst während des Testiraktes aufzunehmenden Aufsatzes, kann also von dem Gesetzgeber nicht gemeint sein, wenn derselbe gestattet, anstatt der eigenen mündlichen Eröffnung des letzten Willens denselben zu verzeichnen und vor den Zeugen vorlesen zu lassen. Vielmehr muß ein, schon vor dem Beginne des Testiraktes fertiger Aufsatz gemeint sein, welchen der Testirer den Zeugen vorlegt, für seinen letzten Willen erklärt und vorlesen läßt, oder selbst vorliest. Dieß erhellt auch unzweideutig aus den Worten des Landrechtes selbst, indem dasselbe, an die schon oben erwähnte Stelle unmittelbar anknüpfend, in Thl. III, Tit. 3, §. 11, fortfährt: „Auf solche mündliche Eröffnung oder Vorlesung übergebener schriftlicher Verzeichnisse und Bitt soll derselbige geschworene Schreiber rc. rc.“

Diese Vorschrift kann nicht als eine unwesentliche betrachtet werden; sie beruht auf einleuchtenden inneren Gründen. Denn, wenn der Testirer mit einem schon fertigen Aufsatz vor die Zeugen tritt, so spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß er den Inhalt desselben bereits genügend kenne und durchdacht habe, daß dieser also sein wohlüberlegter, selbstständiger Wille sei. Es ist dies in gewisser Weise ein Ersatz dafür, daß der Testirer seinen Willen nicht in selbstständiger freier Rede den Zeugen vorträgt, worin ebenfalls einige Bürgschaft dafür liegen würde, daß derselbe aus eigener und bedachter Entschließung geflossen sei.

Das blose Genehmigen von Vorgelesenem, mag es im Ganzen, oder in einzelnen Abschnitten geschehen, hat, wenn nicht der Genehmigende den Inhalt selbstständig und speziell wiederholt, keinen größeren Werth, als das Bejahen oder Verneinen des Abgefragten, und entspräche jedenfalls, wenn der betreffende Aufsatz nicht schon vor Beginn des Testiraktes fertig war, der Vorschrift des Gesetzes nicht. Es fehlt daher dem vorliegenden mündlichen Testamente an einem wesentlichen Erfordernisse, an der selbstständigen mündlichen Erklärung des letzten Willens durch die Testirerin, und es muß ihm deßhalb der rechtliche Bestand abgesprochen werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 10. Mai 1854 in der Appellationssache R. c. R.

b) In einer anderen Sache, in welcher ein mündliches Privattestament nach der vierten Landrechtsform unter Anderem gleichfalls aus dem Grunde angefochten worden war, weil der Testirer seinen letzten Willen nicht mit bestimmten Erklärungen in zusammenhängenden Worten ausgesprochen, denselben vielmehr nur auf an ihn gerichtete Fragen, welche er blos mit Ja oder Nein beantwortet, zu erkennen gegeben habe, ist das Obertribunal von einer milderen Ansicht ausgegangen. Allerdings, sagen die Entscheidungsgründe, ist in den Gesetzen vorgeschrieben, daß der Testirer seinen Willen bestimmt und deutlich, so daß darüber kein Zweifel bestehen kann, aussprechen soll, — §. 14 J. de testam. ord. (2, 10); l. 21 pr. D. qui testam. (28, 1); cst. 26 Cod. de testam. (6, 23), und das Landrecht weist in Thl. I, Tit. 6, §. 86, die Testamentsverfasser an: „eines jeden Testirenden Meinung lautter unterschidlich und eigentlich zu schreiben.“ Allein eine bestimmte Form, in welcher der Wille kundgegeben werden solle, oder auch nur eine Vorschrift, daß der Name des Erben von dem Testirer wörtlich auszusprechen sei, besteht nicht, wie denn insbesondere das Landrecht in Thl. III, Tit. 3, §. 10, nur bestimmt: „Es solle der

Testirer seinen letzten Willen mündlich eröffnen," und wie auch die Notariatsordnung vom 25. Oktober 1808 in §. 17 und 27 nur vorschreibt: Es solle der Wille des Testirers genau erforscht, und es solle bei Abfassung von Notariatsinstrumenten „der Vortrag der Parteien deutlich und pünktlich, und so viel möglich mit ihren eigenen Worten, oder in ihrem wahren Sinne aufgenommen werden."

Hiernach kann es sich in dem einzelnen Falle nur um die thatsächliche Frage handeln, ob nach der Art der Willenserklärung des Testirers diese als so bestimmt und unzweideutig abgegeben anzunehmen ist, daß darüber kein gegründeter Zweifel bestehen kann. Es steht daher an sich auch Nichts im Wege, wenn der Verfasser des Testamentes in Gegenwart der Zeugen durch unzweideutige Beantwortung der an den Testirer gestellten Frage über den Willen des Letzteren Eröffnung erhält. [93]

In dem vorliegenden Falle handelte es sich nur darum, ob der Testirer seine Ehefrau, welche übrigens schon nach dem Ehevertrage für den Fall des kinderlosen Absterbens des Mannes Alleineigenthümerin des ganzen gemeinschaftlichen Vermögens werden sollte, zur Alleinerbin einsetzen, nunmehr aber dieselbe von der ihr durch den Ehevertrag einzig auferlegten Verpflichtung, den Betrag von 300 fl. als Rückfall an die Verwandten des Testirers auszubezahlen, entbinden wollte? Ueber diese an sich ganz einfache Frage hatte sich aber der Testirer bezeugter Maßen schon vor der Testamentserrichtung ausgesprochen, indem er zugleich weiter verlangte, daß von seinem Nachlasse ein bestimmter Betrag, und zwar ein höherer Betrag als die Rückfallssumme von 300 fl., der Betrag von 500 fl., an die Armenstiftung ausbezahlt werden solle, und wenn er nun hierüber befragt auch nur mit Ja und Nein antwortete, so kann über die Willensmeinung des Testirers

[93] Vergl. **Hofaker**, princ. jur., §. 1267; **Tafel**, Civilrechtssprüche, Bd. IV, S. 193.

und darüber, daß er diesen seinen Willen dem Testamentsverfasser und den Zeugen gegenüber bestimmt und unzweideutig ausgesprochen hat, ein gegründeter Zweifel nicht bestehen.

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Oktober 1862 in der Appellationssache W. c. B.

c) In ähnlicher Weise hat sich das Obertribunal auch in einem neuesten Falle ausgesprochen, in welchem es sich um die Giltigkeit eines nach der vierten landrechtlichen Testamentsform errichteten mündlichen Testamentes handelte. Was die Art und Weise der Willenserklärung des Testirers bei Errichtung eines mündlichen Testamentes betrifft, so wird, sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe, die Zulässigkeit dieser Willenserklärung in der Form der Bestätigung des von einer andern Person Ausgesprochenen, sowie der bestimmten Antwort auf gestellte Fragen, sowohl in der Doktrin und Praxis des gemeinen Rechtes,[94] als auch namentlich in der Doktrin und Rechtsprechung nach württembergischem Rechte, von der Zeit der Abfassung des württembergischen Landrechtes an bis herab auf die neuere Zeit, im Allgemeinen bejaht,[95] und nur die Beschränkung wird von einigen Rechtslehrern beigefügt, daß die Selbstthätigkeit des Testirers dabei nicht aufgehoben sein,[96] daß die Vollständigkeit der Willenserklärung

---

[94] **Glück**, Erläuterung der Pand., Bd. XXXIV, S. 23; **Holzschuher**, Theorie, 2. Aufl., Bd. II, S. 602; **Windscheid**, Pand.-Recht, Bd. III, §. 541, Note 3; **Seuffert**, Archiv, Bd. III, Nro. 182, Bd. XIX, Nro. 243.

[95] **Plebst**, novantiquae Disput. disp. 3, Nro. 35; **Bocer**, Disp. Class. III, disp. 2, thesis 32; **Bardili**, Diss. de nuncupat. testam. §. 8; **Carpzow**, jurispr. for. P. III. const. 3, def. 27, P. III, const. 5, def. 4; **F. C. Harpprecht**, cons. Tub. cons. 6, Nro. 8, cons. 29, Nro. 40—42; Consil. Tubing. Tom. V, cons. 45, Nro. 29; **Lauterbach**, Coll. Pand. ad Dig. XXVIII, 1, §. 37; **Hofaker**, princ. jur. T. III, §. 1267, nota b.; **Reyscher**, württ. Privatrecht, Bd. III, §. 648.

[96] **Schweppe**, röm. Privatrecht, Bd. V, §. 790.

des Testirers nicht zweifelhaft sein,[97] oder daß die Zustimmung des Testirers nicht durch Ueberraschung oder Suggestionen erlangt sein dürfe.[98] Daß einer dieser Ausnahmsfälle hier vorliege, ist durch nichts angezeigt.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Januar 1870 in der Appellationssache Th. c. S.

29) Anwesenheit des eingesetzten Erben bei der Testamentserrichtung.

a) Es ist nirgend in den Gesetzen als ein Grund der Nichtigkeit eines Testamentes ausgedrückt, wenn in Anwesenheit der eingesetzten Erben testirt wurde,[99] vielmehr ergibt sich das Gegentheil aus der Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 7, wonach Eheleute oder andere Personen, wenn sie sich gegenseitig zu Erben einsetzen, „beide zumahl mit einander in einem Akte mündlich, oder sämptlich in einer Schrift testiren mögen," und wonach zwar in solchen Fällen der Notar und die Gerichtsverwandten die Testirer je abgesondert über die Freiheit ihres Willens befragen sollen, die Unterlassung dieser Vorschrift aber dem Testamente keinen Nachtheil bringen soll.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. Dezember 1848 in der Appellationssache B. c. M.

b) Die Anwesenheit des eingesetzten Erben während der Errichtung des Testamentes bezeichnen die Gesetze nirgends als einen Grund der Nichtigkeit desselben; der eingesetzte Erbe kann nur nicht Testamentszeuge sein (Landrecht, Thl. III, Tit. 10, §. 4), aber sonst ist seine An-

---

[97] Harpprecht, Cons. Tom. VI, Nro. 42 ff.

[98] Harpprecht, Cons. 29, Nro. 40—42; Carpzow, Jurispr. for. III, 5 def. 4; Bardili, l. c.; Hofaker, l. c.; Glück, a. a. O.

[99] Cons. Tub. Tom. II, 76, 12; Seuffert, Archiv, Bd. 1, Nro. 95, Ziff. 6.

wesenheit nicht untersagt (Landrecht, Thl. III, Tit. 7, §. 4, 5.)[100]

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Februar 1860 in der Appellationssache K. c. L.

30) Zum Begriffe eines schriftlichen Testamentes.

Dem Begriffe eines schriftlichen Testamentes widerspricht es nicht, wenn dasselbe nicht schon vor Beiziehung der Zeugen, sondern erst in deren Gegenwart niedergeschrieben wird.[101]

Entscheidung des Obertribunals vom 21. April/25. Mai 1858 in der Appellationssache S. c. F.

31) Gemeinrechtliches schriftliches Privattestament, Willenserklärung des Testirers vor den Zeugen.

Gemeinrechtlich erfordert ein schriftliches Privattestament, daß der Testirer in Gegenwart sämmtlicher Testamentszeugen erkläre, Dasjenige, was er vorlege, sei sein Testament — cst. 21 Cod. de test. (6, 23); Notariatsordnung von 1512, Tit. 2, §. 7, von Testamenten. Die Gesetze verlangen, aber damit keine formalen Worte, formalia verba, sondern jede Aeußerung des Testirers, aus welcher mit Gewißheit sein Wille, den Zeugen die Schrift als sein Testament vorzulegen, entnommen werden kann, muß hinreichen, wie dies auch bei der Rogation der Zeugen der Fall ist, wo früher formale Worte gebraucht werden mußten, was aber durch die cst. 26, Cod. de testam. (6, 23) aufgehoben wurde.

Erwägt man nun, wird auf Grund dessen in oberstrichterlichen Entscheidungsgründen ausgeführt, daß die Te-

---

[100] Boscher, Zeitschrift für freiw. Gerichtsbarkeit, 1864, S. 244.

[101] Sintenis, Civilrecht, Bd. III, §. 169, Note 9; Arndts, Pand., §. 485, Note 2; Puchta, Pand., §. 464.

stirerin ein Testament errichten wollte, daß sie damit den Stadtschultheißen B. betraute, um ihren letzten Willen in die gehörige Form zu bringen, daß dieser Zeuge die Solennisationsurkunde — worin gesagt ist, die Testirerin habe den Zeugen zu erkennen gegeben, daß in vorliegender Schrift ihr letzter Wille enthalten sei — vorgelesen und die Testirerin sodann gefragt haben soll: ob es so recht sei? so kann die hierauf von derselben gegebene Antwort nicht anders aufgefaßt werden, als dahin, daß das, was verlesen worden, ihrem Willen entspreche, daß das, was aus der Urkunde als von ihr geäußert verlesen worden, als von ihr geäußert angenommen werden solle, und wenn sie sodann sogleich in Gegenwart sämmtlicher Zeugen die Schrift unterzeichnete und sofort auch die Zeugen solche unterzeichneten und besiegelten, so hat nicht nur die Testirerin mit Worten und mit der That zu erkennen gegeben, daß die Schrift ihren letzten Willen enthalte, sondern es erhellt auch, daß die Zeugen die Handlungsweise der Testirerin nicht anders aufgefaßt haben, weil sie sonst die Schrift nicht durch Unterschrift und Siegel solennisirt hätten.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. September 1859 in der Appellationssache B. c. L. [102]

32) Gemeinrechtliches schriftliches Testament eines Schriftunkundigen. [103]

Nach cst. 21 pr. und cst. 28, §. 1, Cod. de test. (6, 23) gehört es, wenn der Testirer nicht schreiben kann, zur wesentlichen Form eines schriftlichen gemeinrechtlichen Privattestamentes, daß neben den sieben Zeugen noch ein weiterer zugezogen werde, welcher statt des Testirers in dessen und der sieben Zeugen Gegenwart das Testament

---

[102] In derselben Weise wurde entschieden den 16. Mai 1866 in der Appellationssache R. c. R.

[103] Vergl. Seuffert, Archiv, Bd. IV, Nr. 62; Bd. XI, Nro. 255; Bd. XIX, Nro. 87.

unterschreibt. Hieraus folgt, daß das Handzeichen eines des Schreibens unkundigen Testirers dessen Unterschrift und die Unterschrift dessen, der für ihn unterzeichnen soll, nicht ersetzen kann. Demgemäß wurde angenommen, daß ein von der schreibensunkundigen Testirerin mit Handzeichen unterfertigtes schriftliches Privattestament, welches vor sieben Zeugen errichtet, bei welchem aber für die des Lesens und Schreibens unkundige Testirerin ein achter Zeuge, welcher statt ihrer das Testament hätte unterzeichnen sollen, nicht zugezogen worden war, wegen Verletzung einer wesentlichen Form als ein gemeinrechtliches schriftliches Privattestament nicht zu Recht bestehen könne.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Februar 1865 in der Appellationssache R. c. Sp.

33) Gemeinrechtliches schriftliches Testament eines des Lesens Unkundigen.

Es gehört nicht zur wesentlichen Form des von einem des Lesens Unkundigen errichteten gemeinrechtlichen schriftlichen Privattestamentes, daß dasselbe, wie es bei dem Testamente eines Blinden vorgeschrieben ist, vor den Zeugen dem Testirer vorgelesen werde.

Entscheidung des Obertribunals vom 12. Juni 1858 in der Appellationssache W. c. L.

In den Entscheidungsgründen des Gerichtshofes zu Eßlingen vom 12. Okt. 1857, auf welche sich zu Begründung des vorstehenden Satzes von dem Obertribunal bezogen wurde, findet sich hierüber folgende Ausführung:

Diejenige Gesetzesstelle, welche die umfassende Grundlage des gemeinen schriftlichen Testamentes bildet, die est. 21 Cod. de test. (6, 23), schreibt als einzige Erfordernisse vor: der Testirer soll das Testament vorzeigen, für das seinige erklären, Angesichts der sieben Zeugen unterschreiben, und die Zeugen sollen sodann ihrerseits siegeln und unterschreiben: „nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo sunt scripta testamenta.“ Hierauf be=

handelt das Gesetz noch besonders den Fall, „si literas ignoret testator vel subscribere nequeat“ und sagt für diesen Fall „eadem servare decernimus“ blos mit der Einschränkung, daß, wenn der Testirer nicht selbst unterschreiben könne, noch ein achter Zeuge (octavus subscriptor) beizuziehen sei. Die ausschließliche Aufgabe dieser achten Urkundsperson ist es, die Unterschrift des Testirers zu vertreten; sie ist also nur nöthig, wenn die Schreibfähigkeit des Letzteren fehlt, nicht aber auch, wenn er blos nicht lesen kann, wie dies theils aus der Bezeichnung als „subscriptor,“ theils aus der Uebersetzung der Notariatsordnung von 1512, II, §. 7. „Oder wo er nicht schreiben könnte, oder alsdann nicht möchte, durch eines andern achten Zeugen Hand unterschreiben laß,“ auf's unzweideutigste hervorgeht.[104] Nun hat allerdings in früherer Zeit die Ansicht Vertheidiger gefunden, daß demjenigen Testirer, welcher nicht lesen und schreiben könne, der Testamentsaufsatz vor den Solennisationszeugen bei Vermeidung der Nichtigkeit erst noch besonders vorgelesen werden müsse.[105] Die hauptsächlichste Stütze dieser Ansicht ist die Vorschrift für blinde Testirer, für welche nach cst. 8 Cod. qui test. fac. poss. (6, 22) die Vorschrift besteht, daß der Testamentsaufsatz bei der Solennisation verlesen werden soll. Der Grund dieser Verordnung sei aber auszudehnen auf solche, die nicht lesen und schreiben können, da sich diese zu dem Testamentsaufsatze in gleichem Verhältniß befinden, wie die Blinden. Allein Thibaut[106] hat hiegegen in überzeugender Weise nachgewiesen, in welch' ungleich hilfloserem Zustande bezüglich der Fähigkeit, einen Testamentsaufsatz vor Fälschung zu bewahren, ein Blinder sich befindet, als ein illiteratus, und wie sehr eine

---

[104] Vergl. Vangerow, Pand., Bd. II, S. 149, 150.

[105] Vor Allem in Boehmer, exercitat. tom. IV, exerc. 75, namentlich §. 21—35.

[106] Im civil. Archiv, Bd. VI, S. 226 ff.

analoge Ausdehnung von Gesetzesvorschriften wegen bloser Aehnlichkeit des gesetzlichen Grundes den Regeln der Auslegung widerstreitet. Daneben hat sodann Glück [107] noch besonders darauf hingewiesen, daß den Blinden überhaupt nur verstattet werden wollte, ein mündliches Testament (nuncupativum in scripturam redactum) zu machen, während der Schriftunkundigen in dem Gesetze von schriftlichen Testamenten erwähnt wird, bei welchen nach den ausdrücklichen Gesetzesworten den Zeugen eine Kenntniß von dem Inhalt des Testamentsaufsatzes nicht zu Theil zu werden braucht, die Worte: „eadem servari decernimus" aber nothwendig auch auf diese Bestimmung bezogen werden müssen. Diesen Gründen haben sich dann die Rechtslehrer der neuesten Zeit in solcher Uebereinstimmung angeschlossen, daß der Streit über diese Rechtsfrage als beigelegt betrachtet werden kann. [108]

Im württembergischen Landrechte, Thl. III, Tit. 3, ist zwar hinsichtlich der schriftlichen öffentlichen Testamente die Vorschrift ertheilt, daß, wenn der Testirer selbst nicht schreiben könne, der von einem Andern geschriebene letzte Wille durch einen Dritten dem Testirer vorgelesen werden müsse. Allein, wenn jene Vorschrift auch auf das württembergische schriftliche Privattestament angewendet werden muß, so ist dieß hinsichtlich der nach gemeinrechtlicher Form errichteten Testamente keineswegs der Fall, da fragliche Bestimmung schon nach ihrer speziellen Stellung im Landrechte nicht etwa, wie z. B. das über Testir- und Zeugenfähigkeit Gesagte, als eine allgemeine Vorschrift für Testa-

---

[107] Komment., Bd. XXXIV, S. 47 ff.

[108] **Mühlenbruch**, doctr. pand., Tom. III, §. 663, Note 4; **Vangerow**, Pand., Bd. II, S. 152; **Holzschuher**, Theorie und Kasuistik, Bd. II, S. 566; **Wening Ingenheim**, Lehrb., Bd. II, S. 1034; **Burchardi**, Lehrbuch, Bd. II, S. 184; **Puchta**, Pandekten, §. 466, Abs. 3; **Mackeldey**, Lehrbuch, §. 634, Note a; **Seuffert**, Pandekten, Bd. III, §. 526, Note 3; dessen Archiv Bd. VIII, Nro. 273.

mente jeder Art, landrechtliche wie gemeinrechtliche, sondern lediglich als ein besonderes Erforderniß der erstgenannten Form angesehen werden kann.

34) Gerichtliches mündliches Testament nach der ersten Landrechtsform; Besetzung des Gerichtes.

Das Landrecht enthält darüber, wie das Gericht, vor welchem ein gerichtliches Testament nach der ersten Form errichtet werden will, besetzt sein müsse, keine ausdrückliche Bestimmung. Aus den Worten desselben in Thl. III, Tit. 3, §. 2: „Erstlich mag ein Mann oder Weibsperson vor Gericht erscheinen" und §. 5: „Und also verschlossen vor ein gesessen Gericht" ergibt sich aber unzweifelhaft, daß es ein vollständig besetztes Gericht verlange. Man kann nun die übrigens nicht unbestrittene Frage, ob nach dem früheren Rechte bei einem gerichtlichen Testamente nach der ersten Form des Landrechtes zur vollständigen Besetzung des Gerichtes wenigstens der Vorsitzende, vier Richter und der Aktuar versammelt sein mußten,[109] dahin gestellt sein lassen, da diese Frage in der neueren Gesetzgebung ihre bestimmte Entscheidung gefunden hat.

Nach dem ersten Edikte über die Gemeindeverfassung vom 31. Dezember 1818, §. 19 und 20, dessen Bestimmungen das Verwaltungsedikt vom 1. März 1822 §. 19 und 20 wörtlich wiederholt, verhandelt der Gemeinderath in kollegialischer Form und faßt nach der Stimmenmehrheit seine Beschlüsse. Im Falle der Stimmengleichheit hat der Vorstand die entscheidende Stimme. Zur Giltigkeit des Beschlusses wird erfordert, daß sämmtliche Mitglieder zur Versammlung berufen werden und mehr als die Hälfte

---

[109] Lauterbach, Diss. de test. judic. XVI, N. 8; idem, Coll. Pand. ad lib. 28, Tit. 1, §. 49; Differ. ad part. III, tit. 3, §. 5; Annot. ad jus prov. p. III, §. 10; Griesinger, Komm., Bd. V, S. 32; Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 708; Bolley, 33 Aufsätze S. 414; Reinhardt, Komm., Bd. II, S. 22.

wirklich anwesend sei. Zu Führung der Rathsprotokolle u. s. w. wird ein Rathsschreiber vom Gemeinderathe gewählt und vom Oberamt bestätigt und in Pflichten genommen. Derselbe kann auch aus der Mitte des Gemeinderathes (mit Ausschluß jedoch der Gemeinde und Stiftungspfleger) gewählt werden und behält in diesem Falle die ihm als Rathsmitglied gebührende Stimme. Auch der erste Ortsvorsteher kann mit Zustimmung des Gemeinderathes das Aktuariat bei demselben besorgen.

Durch das IV. Organisationsedikt über die Rechtspflege in den unteren Instanzen vom 31. Dezember 1818 wurde im §. 1 den Ortsobrigkeiten 1) in Untergangs- und in geringfügigen Sachen ein wahres Richteramt,[110] 2) in den ihrer Kompetenz entzogenen Rechtsstreitigkeiten ein friedensrichterliches Amt,[111] ferner 3) die Rechtshilfe in liquiden Schuldsachen[112] und 4) die sogenannte willkührliche Gerichtsbarkeit verliehen.

Von dem Richteramte (Nr. 1) bestimmt der §. 4 des IV. Ediktes, daß in Absicht auf die Form der Versammlung des Gemeinderathes, die zu einem Beschlusse nöthige Anzahl von Mitgliedern desselben, die Art der Berathung und Abstimmung die in dem Edikte über die Gemeindeverfassung für die Verhandlungen der Gemeinderäthe in Gemeindeangelegenheiten gegebenen Vorschriften auch hier ihre Anwendung finden.[113] Das friedensrichterliche Amt übt nach §. 18 des IV. Edikts in der Regel der Ortsvorsteher allein aus, es bleibt ihm aber unbenommen, den Sühneversuch in Gegenwart des Gemeinde-

[110] Vergl. dagegen jetzt das Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. März 1868, Art. 3; Civilprozeßordnung von 1868, Art. 17, 842, 846, 877—898; württ. Archiv, Bd. XI, S. 331—334.

[111] Jetzt Civilprozeßordnung Art. 303.

[112] Jetzt Civilprozeßordnung Art. 699.

[113] Der Art. 877 der Civilprozeßordnung bestimmt, daß die Besetzung der Gemeinderäthe als Ortsgerichte durch die Gesetze über die Gemeindeverfassung bestimmt werde.

rathes vorzunehmen, oder wenigstens einige Mitglieder desselben beizuziehen.[114] In liquiden Schuldsachen hat ebenfalls zunächst der Ortsvorsteher einzuschreiten, und erst später, wenn es sich von Exekution handelt, haben die Gemeinderäthe thätig zu sein (§. 35 und 36 des IV. Ediktes). Endlich ist in Betreff der willkührlichen Gerichtsbarkeit im §. 39, Abs. 4, bestimmt, daß bei allen Handlungen, welche nicht von einem besondern Ausschuß oder Deputation, sondern wie bisher vor dem ganzen Gemeinderathe vorzunehmen seien, namentlich bei der Bestätigung von Verpfändungen, wie bei den andern Verhandlungen der Gemeinderäthe, mit Einschluß des Ortsvorstehers ein Mitglied mehr als die Hälfte sämmtlicher Mitglieder des Gemeinderathes nothwendig sei.

Die Ausführlichkeit, mit welcher das IV. Edikt über die Rechtspflege in den untern Instanzen die vorstehenden Bestimmungen behandelt, zeigt, daß dasselbe nicht nur über die Befugnisse der Ortsobrigkeiten in den verschiedenen Zweigen der Rechtspflege, sondern auch über die Besetzung der Gemeinderathskollegien bei der Besorgung der ihnen zugewiesenen Rechtsgeschäfte (unter Vorbehalt einer ausführlichen Anweisung in Hinsicht derjenigen Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, welche unter Zuziehung der Gerichtsnotare zu bearbeiten sind, (IV. Edikt, §. 39, Abs. 2) umfaßende und erschöpfende Normen geben wollte und gegeben hat. Und wenn es nun vorschreibt, daß bei allen Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, welche von dem ganzen Gemeinderathe vorzunehmen seien, es genüge, wenn mit Einschluß des Ortsvorstehers um ein Mitglied mehr als die Hälfte sämmtlicher Mitglieder des Gemeinderathes versammelt seien, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß diese Bestimmung auch die gerichtlichen Testamente in sich begreift, welche vor dem Gemeinderathe errichtet werden. Der Abs. 3 des §. 39 des

[114] Jetzt Civilprozeßordnung Art. 303.

IV. Ediktes steht hiemit durchaus nicht im Widerspruch, da solcher die Gemeinderäthe nur auf die Gesetze in Absicht auf die Behandlungsart der ihnen übertragenen Rechtsgeschäfte verweist, und jedenfalls das Landrecht bei Errichtung gerichtlicher Testamente nach der ersten Form nur ein gehörig besetztes Gericht verlangt, die Frage aber, welches Gericht als ein gehörig besetztes zu betrachten sei, nach dem jeweiligen Gerichtsorganismus sich beantwortet. Es läßt sich auch kein Grund denken, welcher den Gesetzgeber hätte abhalten mögen, die Vorschrift des §. 39 Abs. 4 auf gerichtliche Testamente zu beziehen, wenn man die dritte landrechtliche Testamentsform in's Auge faßt. Die Gerichtspersonen, welchen nach dieser Form der Testirer seinen letzten Willen eröffnen kann, sind, obgleich sie von Bolley[115] und selbst in der K. Verordnung vom 19. Juni 1808, §. 19 so genannt werden, nicht immer als eine Deputation des Gerichtes zu betrachten, da sie nicht von dem Gerichte an den Testirer auf Ansuchen des letzteren abgeordnet werden, da vielmehr dieser ganz nach seiner freien Wahl vier von den Gerichtsmitgliedern mit dem Aktuar zu sich berufen, diesen seinen letzten Willen eröffnen kann und sie ersuchen muß, daß derselbe durch den Aktuar aufgeschrieben, vor Gericht gebracht und in das Gerichtsbuch eingetragen werde. Ist solches von dem Testirer geschehen, sofort von den Gerichtspersonen über die Willensfreiheit des Testirers die erforderliche Untersuchung angestellt, von dem Schreiber das Testament geschrieben und solches dem Testirer wieder vorgelesen und von diesem als seinem Willen gemäß niedergeschrieben anerkannt worden, so ist ein solches Testament vollendet und giltig, selbst wenn es nicht vor Gericht gebracht worden wäre. Warum sollte nun in dem Falle, wenn Jemand am Orte des Gerichtes selbst testirt, eine stärkere Besetzung des Gerichtes erforderlich sein, als wenn er eine Anzahl

---

[115] 33 Aufsätze S. 416.

von Gerichtsmitgliedern zu sich beruft, während wohl für den umgekehrten Fall eher Gründe vorliegen möchten?

Die Gegenwart des Aktuars gehört zur vollständigen Besetzung des Gerichtes, und nach §. 23 der K. Verordnung vom 19. Juni 1808 sind die ohne seine Anwesenheit vorgenommenen Gerichtsverhandlungen nichtig. Nach dem Landrechte und der erwähnten K. Verordnung waren aber die Schreiber des Gerichtes nicht zugleich Richter. Auch sind es die Rathsschreiber als solche jetzt noch nicht, ausgenommen in Unterpfandssachen. Nach den schon angeführten Gesetzen kann jedoch das Amt eines Rathsschreibers mit der Stelle eines Ortsvorstehers oder Gemeinderathes vereinigt sein, und wo dieses der Fall ist, verbindet ein solches Mitglied bei den Gemeinderathsverhandlungen in sich die doppelte Funktion eines Gemeinderathsmitgliedes und des Aktuars, was auch gemeinrechtlich ist.[116] Es wäre daher der bestimmten gesetzlichen Vorschrift zuwider, wenn man in einem solchen Falle zur vollständigen Besetzung des Gemeinderathes die Beiziehung eines weiteren Gemeinderathsmitgliedes verlangen, oder wenn man gar annehmen wollte, daß vor einem solchen Gemeinderathe ein gerichtliches Testament nicht errichtet werden könne.[117]

Die soeben entwickelte Ansicht ist noch besonders in der Pfandgesetzgebung bestätigt. Nach Art. 146 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 ist zur Giltigkeit eines Beschlusses für einen Eintrag in das Unterpfandsbuch, er betreffe die Aufnahme neuer oder die Löschung früher eingetragener Unterpfänder oder Pfandrechtstitel, erforderlich, daß wenigstens fünf mit Stimmrecht versehene Mitglieder der Unterpfandsbehörde an der Berathung Theil

[116] Hofaker, princ. jur. tom. III, §. 4256; Danz, Grundsätze des ord. Proz., §. 45; Griesinger, Komm., Bd. V, S. 34, N. g.

[117] Vergl. auch Nro. 40, S. 353 ff.

genommen und in den Beschluß eingewilligt haben. Der Rathsschreiber als Aktuar der Unterpfandsbehörde hat nach Art. 150 des Pfandgesetzes das Unterpfandsbuch zu führen, und war, wenn er nicht Schultheiß oder Gemeinderath war, kein mit Stimmrecht versehenes Mitglied der Unterpfandsbehörde. Nachdem aber durch Art. 36 des Gesetzes vom 21. Mai 1828 bei sämmtlichen Gemeinderäthen als Unterpfandsbehörden dem Rathsschreiber als solchen eine zählende Stimme und daher in Unterpfandssachen die Befugnisse eines Kollegialmitgliedes zustehen, so ist nach Art. 32 dieses Gesetzes ein Unterpfand formell giltig, wenn der Eintrag in das Unterpfandsbuch von wenigstens fünf stimmenden Mitgliedern, also mit Einschluß des zur selbstständigen Führung des Pfandwesens befähigten Rathsschreibers, unterzeichnet ist.

Auch in anderer Beziehung findet dieser Grundsatz Anwendung. Gesetzlich können Beibringens-Inventare, Eheverträge, Erbtheilungen, Vermögensübergaben, vorläufige Bestellung von Vormündern und Vermögensverwaltern aus Veranlassung solcher Geschäfte, die Eröffnung letzter Willensverordnungen u. s. w. von den Waisengerichten nur mit Zuziehung des Notars vorgenommen werden. Die Zahl der Waisenrichter ist bei diesen Geschäften bald zwei, bald drei.[118] Da aber, wo der Notar Ortsvorsteher ist, kann er bei dem Waisengerichte in beiden Eigenschaften zugleich funktioniren.[119]

Ganz von dem hier entwickelten Grundsatze ausgehend hat auch der Civilsenat des K. Obertribunals im Einverständniß mit dem K. Justizministerium in einem Normalerlaß an die Gerichtshöfe vom 8. August 1823 zur Nachricht und Belehrung der denselben untergebenen Ober-

---

[118] Gerichtsnotariatsedikt vom 29. August 1819 Art. III und VIII; Notariats-Vollziehungsverordnung vom 24. Mai 1826, §. 3; Gesetz über das Notariatswesen vom 14. Juni 1843 Art. 5 und 7.

[119] Normalerlaß des K. Justizministeriums vom 21. Jan. 1828.

amtsgerichte ausgesprochen, daß nach §. 56 und 61, §. 191 und 194 des IV. Edikts vom 31. Dezember 1818 bei Errichtung gerichtlicher Testamente vor den Oberamtsgerichten das Gericht durch die Gegenwart des Oberamtsrichters, des Aktuars und dreier Gerichtsbeisitzer vollständig besetzt sei.[120] Auch in den hier angeführten Paragraphen ist im Allgemeinen bestimmt, wie die Oberamtsgerichte bei der Entscheidung von Civilrechts- und Strafsachen, sowie bei Mundtodterklärungen und denjenigen Handlungen der Rechtsfürsorge, welche die Verordnung vom 19. Juni 1808, §. 20, den Oberamts- und Strafgerichten vorbehalten hat, und welche auf die Oberamtsgerichte übergegangen sind, nämlich Erkennung über Einkindschaftsverträge und Adoptionen im engeren Sinne, besetzt sein müssen,[121] ohne daß der gerichtlichen Testamente besonders Erwähnung geschieht, und ohne daß eine so bestimmte allgemeine Bestimmung gegeben ist, wie sie der §. 39, Abs. 4, in Betreff der Geschäfte der willkührlichen Gerichtsbarkeit bei den Gemeinderäthen enthält.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. Dezember 1843 in der Appellationssache B. c. M.

35) Gerichtliches mündliches Testament nach der ersten Landrechtsform; Protokollirung durch einen Anderen, als den Aktuar.

Das Protokoll über ein gerichtliches Testament nach der ersten landrechtlichen Form war nicht von dem anwesenden Schultheißen und Rathschreiber (Aktuar), sondern von einem Dritten geschrieben worden. Von dem Obertribunal wurde hierin kein Nichtigkeitsgrund gefunden und es besagen die Entscheidungsgründe hierüber:

Nach dem Landrechte Thl. III, Tit. 3, §. 3, soll zwar

[120] Ergänzungsband zum Regierungsblatt S. 78.

[121] Vergl. jetzt das Gesetz über die Gerichtsverfassung von 1868, Art. 7, 8, Art. 9, Ziff. III.

der letzte Wille durch den geschworenen Schreiber in das Gerichtsbuch eingeschrieben werden. Allein zu den wesentlichen Formen, wegen deren Unterlassung das Testament ungiltig wäre, gehört dieses nicht, wie sich aus der Bestimmung des Landrechtes in Thl. III, Tit. 3, § 15, ergibt. Es kann sich daher nur fragen, ob und welche Beweiskraft dem fraglichen Protokolle beizumessen sei? Nun ist nach Canz[122] selbst einem Protokolle, welches von einer nicht beeidigten Person, jedoch in Gegenwart und auf Geheiß des Richters, was hier jedenfalls geschehen wäre, verfaßt ist, wenigstens ein mehr als halber Beweis beizulegen. Ja es wird überhaupt einem Protokolle, welches sich in einem Archive oder in der Registratur einer Gemeinde unter andern Protokollen vorfindet, so lange volle Beweiskraft zugestanden, bis das Gegentheil auf's unzweideutigste dargethan worden.[123] Da nun überdies das gemeinderäthliche Protokoll vom 2. Februar 1832 neben dem Testirer von dem Schultheißen und Rathsschreiber und von vier Gemeinderäthen in ihrer amtlichen Eigenschaft unterzeichnet und beglaubigt ist, auch den Gerichtsprotokollen des Gemeinderathes von O. einverleibt ist, so hatte dasselbe vollkommen den Charakter einer öffentlichen Urkunde, also volle Beweiskraft.[124] Zwar wird von Stryk[125] als wesentliches Requisit eines gerichtlichen Protokolles aufgeführt, daß es von der Hand des Aktuars geschrieben werden müsse und daß sich derselbe keines Gehilfen bedienen dürfe. Allein, wie aus dem Verlaufe seiner Abhandlung, insbesondere aus dem Formular, welches er über ein gerichtliches Protokoll gibt, erhellt, hat er ein

[122] Canz de probabilitate jurid. cap. III, p. II, Sect. III, §. 156.

[123] Canz, l. c. p. 115, Note c; Harpprecht, Resp. 83, Nro. 272.

[124] Canz, l. c., §. 154; Lauterbach, Coll. ad lib. 22, tit. 4, §. 7 und 8.

[125] Diss. de jure protocolli cap. 5, Nro. 40, 41, pag. 55.

Protokoll vor Augen, welches nicht von dem ganzen Gerichte unterzeichnet wird. Daß aber in einem Falle, wie der vorliegende, ein von einer anderen Person, aber in Gegenwart des beeidigten Aktuars und des Gerichtes geschriebenes, von dem Aktuar und dem Gerichte beglaubigtes Protokoll volle Beweiskraft habe, dafür enthält die württembergische Pfandgesetzgebung eine sehr beachtenswerthe Analogie. Nach Art. 5 des Gesetzes, in Betreff der einzelnen Unterpfandsbehörden durch die Hilfsbeamten zu leistenden Unterstützung, vom 25. April 1828 sollen die Einträge in das Unterpfandsbuch bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe nur durch den Hilfsbeamten geschehen, was da, wo ein zu selbstständiger Besorgung der Pfandgeschäfte fähiger Rathsschreiber sich befindet, auch von diesem gilt. Nichtsdestoweniger aber ist nach Art. 32 des Gesetzes vom 21. Mai 1828 das Unterpfand formell giltig, wenn der Eintrag im Unterpfandsbuch nur von wenigstens fünf stimmenden Mitgliedern der Pfandbehörde unterzeichnet ist. Während sodann unter Strafbedrohung dem Aktuar der Unterpfandsbehörde aufgegeben wird, die Einträge in das Unterpfandsbuch eigenhändig zu machen, findet sich diese Vorschrift bei der unmittelbar darauf folgenden Bestimmung, daß dem Aktuar die Führung oder Richtigstellung des Unterpfandsprotokolles obliege, nicht wiederholt, woraus folgt, daß er keiner Ordnungswidrigkeit sich schuldig macht, wenn er diese Protokolle unter seiner speziellen Aufsicht von einer anderen Person schreiben läßt.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. Dezbr. 1843 in der Appellationssache B. c. M.

36) Schriftliches Testament eines Schreibensunkundigen nach der zweiten Landrechtsform.[126]

Nach der zweiten landrechtlichen Testamentsform kann ein des Lesens und Schreibens Unkundiger seinen letzten Willen von einem Andern schriftlich verfassen lassen, er

[126] Vergl. auch Nro. 32, 33, 37.

hat aber alsdann „seinen von einem Andern schriftlich verfaßten letzten Willen durch einen Dritten, so denselben nicht geschrieben,“ sich vorlesen, auch von dem Dritten, „daß er selbigen vorgelesen, zugleich inwendig zu Beschluß des Testamentes verzeichnen und mit ausdruckentlicher Vermeldung des Jahres, Monats und Tages, wann es beschehen, und nicht weniger seines Tauf- und Zunamens unterschreiben zu lassen.“

Hiernach gehört es zur wesentlichen Form nicht nur, daß durch einen Dritten das Testament dem Testirer vorgelesen werde, sondern daß auch der Dritte in dem Testamente beurkunde, er habe solches dem Testirer vorgelesen. Diese Beurkundung muß jedoch nicht nothwendig von dem Dritten eigenhändig geschrieben sein, es genügt an der Unterschrift des Dritten. Demgemäß wurde von dem Obertribunal in einem Spezialfalle die Einhaltung der beiden Förmlichkeiten des Vorlesens des Testamentsaufsatzes durch einen Dritten und der Beurkundung des Vorlesens in dem Testamente seiten des Dritten durch die Testamentsurkunde als bewiesen angenommen, da gegen das Ende des Testamentsaufsatzes bemerkt war, es habe die Testirerin ihren letzten Willen durch den Gerichtsnotar D. niederschreiben und, weil sie nicht lesen könne, sich denselben durch Andreas R. vorlesen lassen; da sodann der Aufsatz damit schloß: „Geschehen zu Oberscheffach am 24. Februar im Jahr ein tausend achthundert sechs und fünfzig. Andreas R.“; da ferner die Testirerin bei der Solennisation des Testamentes erklärt hatte, daß sie das Testament durch den Gerichtsnotar D. habe niederschreiben und durch den Andreas R. sich habe vorlesen lassen und ganz ihrem Willen gemäß verfaßt gefunden habe, und da auch die Solennisationsurkunde von Andreas R. als Zeuge unterzeichnet worden war, worin wieder eine Bestätigung des Vorlesens des Testamentes durch ihn zu erblicken sei. Hienach könne darüber kein Zweifel bestehen, daß Andreas R. der Testirerin das Testament vorgelesen und derselbe

dieses Vorlesen in dem Testamente habe beurkunden wollen und beurkundet habe.

Nun wird zwar, sagen die Entscheidungsgründe weiter, geltend gemacht, daß nach dem Landrechte wesentlich nothwendig sei, daß der Dritte mit eigener Hand das Zeugniß des Vorlesens ausstelle, solches eigenhändig schreibe und unterschreibe. Hiegegen kommt jedoch in Betracht: 1) daß nach allgemeinen Grundsätzen von Demjenigen, welcher eine von einem Andern geschriebene Urkunde unterzeichnet, angenommen wird, daß er sich zu dem Inhalte derselben bekenne, daß er den ganzen Inhalt derselben beurkunde; 2) daß der Wortlaut des Landrechtes nicht auf eine von diesem allgemeinen Satze abweichende gesetzliche Bestimmung nothwendig führt; 3) daß das Landrecht, Thl. III, Tit. 5, §. 4, bei dem privilegirten Testamente der Eltern, wenn es von einem Andern geschrieben ist, die bloße Unterschrift des Testirers für ungenügend erklärt und ausdrücklich verlangt, es müsse derselbe seiner Unterschrift eigenhändig beifügen, daß Dasjenige, was in der vorgesetzten Schrift begriffen, sein letzter Wille sei, eine Bestimmung, welche bei der zweiten landrechtlichen Form sich nicht findet, was dadurch sehr erklärlich ist, daß die letztere von, die Gewißheit des Willens garantirenden, Solennitäten umgeben ist, welche bei dem formlosen privilegirten Testamente der Eltern fehlen; 4) daß das Landrecht bei der zweiten Testamentsform im Falle schriftlicher Testirung ebenfalls verordnet, es möge der Testirer seinen letzten Willen „selbs schreiben und stellen," daß aber nach einer durch wiederholte Entscheidungen des Obertribunals bestätigten festen Praxis — welche auch in den, in der Relation des Dr. Eisengrein und in dem Protokolle der Bebenhäuser Kommission enthaltenen Motiven, wonach nur Derjenige, welcher nicht lesen könne und einen Anderen sein Testament schreiben lassen wolle, einen Dritten beiziehen solle, welcher ihm dasselbe vorlese, ihre gesetzliche

Begründung findet [127] — ein von einem Anderen geschriebener und von dem des Lesens kundigen Testirer unterzeichneter Testamentsaufsatz giltig und als der zweiten landrechtlichen Testamentsform entsprechend angenommen wird, [128] daß aber das, was von dem Testirer gilt, ebenso auf den Vorleser seine Anwendung finden muß; daß endlich 5) jede Testamentsform keinen andern Zweck hat, als eine Garantie der Ernstlichkeit und Gewißheit des letzten Willens zu geben, eine solche aber unter den vorliegenden Umständen in vollem Maaße vorhanden ist und man über den Zweck des Gesetzes hinausgehen würde, wollte man hier ein eigenhändig geschriebenes Zeugniß des Vorlesers als eine wesentliche Förmlichkeit verlangen, deren Beobachtung selbst zu überwachen einem des Lesens und Schreibens Unkundigen nicht einmal möglich wäre.

Dieser Ansicht steht auch die Geschichte der zweiten landrechtlichen Testamentsform nicht entgegen. In den beiden ersten Landrechten kommt von der Nothwendigkeit des Vorlesens noch nichts vor, sondern erst im neuesten Landrechte findet sich diese Bestimmung. Von Dr. Eisengrein wurde in seiner Relation zu Vermeidung von Betrügereien für nothwendig erachtet, daß das Testament durch einen Dritten „so des Lesens und Schreibens berichtet" dem Testirer vorgelesen und alsdann dasselbe von dem Testirer neben dem Konzipisten und dem Dritten, welcher es ihm vorgelesen habe, vor Gericht gebracht und allda beide Letzteren dem Gerichte „des Wiederablesens halb Kundschaft geben." [129] In der Bebenhäuser Kommission erklärte sich Dr. Bozer mit diesem Antrage einverstanden. Allein Dr. Broll zweifelte, ob es nothwendig sei, daß der Dritte vor Gericht erscheine und hielt es für zweckmäßig, wenn Dieser auf dem Testamente eigenhändig

---

[127] **Landrechtsakten S. 331 und 580.**

[128] **Vergl. unten Nro. 37, Nägele c. Fetscher den 7. Febr. 1863.**

[129] **Landrechtsakten, S. 331.**

verzeichne, daß er es dem Testirer vorgelesen habe, wogegen Dr. Bayer und Weiler dem Dr. Eisengrein beistimmten, daß der Dritte auch vor Gericht zu bringen, dabei aber auch der Meinung des Dr. Broll beitraten, daß der Dritte eigenhändig auf's Testament verzeichne, er habe es dem Testirer vorgelesen.[130]

Obgleich nach dieser Abstimmung beiderlei Vorschläge, der des Dr. Eisengrein und der des Dr. Broll nebeneinander beschlossen wurden, so wurde doch in das neueste Landrecht der erstere Vorschlag überhaupt nicht, und der Vorschlag des Dr. Broll nicht in der von ihm beantragten beschränkten Weise aufgenommen, ohne daß der Grund hievon aus den späteren gesetzgeberischen Arbeiten ersichtlich wäre. Es kann jedoch Dieses nicht unabsichtlich geschehen sein und eben deßhalb kann auch jener Abstimmung bei der Auslegung des Landrechtes kein Gewicht beigelegt, und sie kann einer Auslegung nicht entgegengehalten werden, wie solche aus allgemeinen Grundsätzen und aus dem Geiste des Gesetzes sich ergibt.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Februar 1865 in der Appellationssache R. c. Spr.

37) Schriftliches Testament eines Schreibenskundigen nach der zweiten, dritten (und sechsten) Landrechtsform.

a) Hinsichtlich der zweiten Testamentsform spricht das Landrecht Thl. III, Tit. 3, §. 5 so viel mit Bestimmtheit aus, daß der Testator, wenn er nicht schreiben kann, das Testament durch einen Anderen schreiben lassen darf; nur muß er es sich alsdann durch einen Dritten vorlesen lassen, welcher im Testamente zu bestätigen hat, daß dies geschehen sei. Als Grund dieser Bestimmung wird in den Motiven angegeben, es handle sich davon,

---

[130] Landrechtsakten S. 580, 581.

möglichen Betrügereien entgegen zu treten; ohne diese Vorschrift würde Alles auf der Gewissenhaftigkeit und Zuverlässigkeit einer einzigen Person, Desjenigen, von welchem das Testament geschrieben werde, beruhen, was nicht zugelassen werden könne, und der Testator hätte sonst von seinem Testamente kein gründliches Wissen.[131] Es ergibt sich hieraus, was das Landrecht erreichen will. Es will, daß der Testator sich auf eine zuverlässige Weise von der Uebereinstimmung des Niedergeschriebenen mit seinem Willen überzeugen kann; deßhalb schreibt es vor, daß ein Dritter beigezogen werde, daß dieser, offenbar um den Schreiber des Testamentes zu kontroliren, dasselbe dem Testator vorlese und, daß dies geschehen, im Testamente bezeuge. Denn ohne das Letztere wäre nach dem Tode des Erblassers kein sicherer Beweis und keine Gewißheit darüber vorhanden, daß der Dritte dem des Schreibens und Lesens unkundigen Testator die letzte Willensverordnung auch wirklich vorgelesen habe. Weniger bestimmt lautet die angeführte Bestimmung des Landrechtes für den Fall, daß der Testator schreiben kann. Die Stelle sagt: „er möge sein Testament selbst schreiben und stellen." In dem oben zuerst besprochenen zweiten Theile der Stelle, wo gesagt ist, „da er selbs" (was, wie aus dem vorhergehenden Gegensatze sich klar ergibt, „selbst" bedeutet) „nicht schreiben könne," ist unzweifelhaft vorausgesetzt, daß der Erblasser gar nicht schreiben kann. In diesem Falle sei die Beiziehung eines Dritten zum Vorlesen nothwendig. Mit diesem zweiten Theile wenigstens ist also nicht ausgesprochen, daß jene Beiziehung auch dann nothwendig sei, wenn der Testator sein Testament zwar unterschreiben kann, aber nicht genug Fertigkeit besitzt, um es ganz zu schreiben, und was den ersten Theil, wo es heißt, „er möge sein Testament selbs schreiben und stellen," betrifft, so drücken diese Worte

---

[131] Faber und Schloßberger, Landrechtsakten S. 331, 580.

„sein Testament schreiben und stellen," da nicht ausdrücklich gesagt ist, der Testator müsse es ganz schreiben und dürfe es nicht blos unterzeichnen, nicht mit aller Bestimmtheit die Unstatthaftigkeit des Letzteren aus. Erwägt man aber unter solchen Verhältnissen, daß alle vom Gesetze vorgeschriebenen Formalitäten keinen andern Zweck haben können, als um darüber Gewißheit herzustellen, daß das Testament von dem Erblasser ausgegangen und daß er sich anderer Seits von der Uebereinstimmung des Inhalts der Skriptur mit seinem Willen Ueberzeugung habe verschaffen können, so ist, was zunächst die erstere Gewißheit betrifft, daß das Testament von dem Erblasser herrühre, nicht abzusehen, inwiefern bei dieser zweiten Testamentsform und den für sie vorgeschriebenen Förmlichkeiten diese Gewißheit in genügender Weise nicht auch durch die blose Unterschrift hergestellt werden soll. Zwar wird sich nicht behaupten lassen, daß sich die Aechtheit bei einer nicht vor Zeugen unterschriebenen Urkunde in jedem Falle ganz mit derselben Sicherheit ermitteln und feststellen lasse, wie bei einem vom Aussteller durchaus geschriebenen Aufsatz, woraus sich auch die Vorschrift des gemeinen Rechtes, daß der Testator seinen letzten Willen vor den Zeugen eigenhändig unterschreiben muß und daß er hievon nur dann befreit ist, wenn er das ganze Testament eigenhändig geschrieben hat — cst. 21 pr., cst. 28, §. 1, Cod. de testam. (6, 23) — erklären mag. Allein es darf bei der hier in Frage stehenden Testamentsform des Landrechtes nicht unbeachtet bleiben, daß der Testator das Testament vor Gericht zu bringen und diesem in Verwahrung zu geben hat, und daß hiedurch darüber, daß es von ihm herrührt, gleiche und hinlängliche Gewißheit hergestellt wird, er mag dasselbe ganz geschrieben oder nur unterschrieben haben. Anlangend aber die andere Seite der Sache, die Gewißheit nämlich, daß der Erblasser den Inhalt des von einem Andern geschriebenen Testamentes genau kennen ge-

lernt habe, um was es dem Landrechte nach dessen oben angeführten Motiven hauptsächlich zu thun ist, kann nicht in Abrede gezogen werden, daß ein Erblasser, welcher seine letzte Willensverordnung durch einen Dritten niederschreiben ließ und blos unterschrieb, der aber das Niedergeschriebene selbst zu lesen im Stande ist, sich vom Inhalte des Testamentes sogar sicherer überzeugen kann, als wenn ein Dritter beigezogen wird, welcher das von einem Anderen abgefaßte und geschriebene Testament ihm vorliest. Denn im letzteren Falle ist ein Betrug nicht in gleichem Maße ausgeschlossen, als wenn der Testator dasselbe selbst liest. Da also der Testirer, wenn er lesen kann, sogar gesicherter ist, als wenn er sich das Testament durch einen Dritten vorlesen läßt, so ist namentlich im Hinblick auf die oben erwähnten Motive des Landrechtes und den in ihnen ausgesprochenen offenbaren Zweck nicht abzusehen, warum ein Testator, der sein Testament blos unterschrieben hat, aber lesen kann, einen Dritten zum Vorlesen desselben beizuziehen genöthigt sein sollte.

Es haben daher auch die meisten Schriftsteller über das württembergische Privatrecht solche von dem Testator blos unterschriebenen Testamente von jeher für giltig anerkannt, ohne das Vorlesen derselben durch einen Dritten zu fordern,[182] und es kann namentlich im Hinblick auf das Zeugniß jener Schriftsteller, insbesondere der älteren, ebenso als feststehend betrachtet werden, daß hiefür von jeher auch die bestimmte Praxis, namentlich der Gerichte, gewesen ist. Bolley[183] sagt: „Noch komme ich auf die Streitfrage, ob das in der zweiten Form vorgeschriebene Vorlesen durch einen Dritten auch dann erfordert werde, wenn

---

[182] Griesinger, Komm., Bd. V, S. 39 u. bes. die dort angeführten Schriftsteller; Bolley, 33 Aufsätze, S. 9 ff., N. a; Kapff, Civilrechtssprüche, S. 144, N. 1, S. 145.

[183] Bolley, a. a. O., S. 12, §. 11.

der Testirer das Testament zwar nicht selbst geschrieben, es aber doch unterschrieben, es selbst gelesen, und dieß letztere selbst eigenhändig im Testamente beurkundet oder vor den Zeugen erklärt habe. Die meisten Rechtsgelehrten halten dies aus einleuchtenden Gründen für sehr entbehrlich." Hieraus wird als ein wesentliches Erforderniß abzuleiten gesucht, daß in dem vorausgesetzten Falle der Testirer im Testamente wenigstens ausdrücklich angeben müsse, daß er das Testament gelesen habe.

Allein nicht nur erwähnt kein anderer Schriftsteller Etwas hievon, sondern es kommt auch in Betracht, daß Volley hier nur die Nothwendigkeit des Vorlesens durch einen Dritten als Streitfrage behandelt und entscheidet, über die andere vorhin bezeichnete Frage aber kein Wort verliert und keinen Grund für jenes vermeintliche Erforderniß angibt, wonach es überhaupt ungewiß bleibt, ob er mit den fraglichen Worten eine nothwendige rechtliche Bedingung aussprechen wollte, oder ob er hiebei nur von einer thatsächlichen Voraussetzung ausgegangen ist. Jedenfalls ist, nimmt man mit der überwiegenden Anzahl der Schriftsteller und mit der Praxis einmal an, daß der erste Theil der fraglichen Landrechtsstelle (Thl. III, Tit. 3, §. 5) den des Schreibens kundigen Erblasser nicht nöthige, das Testament ganz zu schreiben, sondern daß seine Unterschrift genüge, nicht abzusehen, wie sich das in Rede stehende Erforderniß durch diese Stelle des Landrechtes begründen läßt, welche kein Wort hievon sagt. Es kann deßhalb auch aus der Vorschrift des Landrechtes, daß der im Falle der Schreibunkundigkeit des Erblassers beizuziehende Dritte das erfolgte Vorlesen im Testamente zu bezeugen habe, auf die Nothwendigkeit einer ähnlichen Bestätigung durch den Testirer, daß er das von ihm blos unterschriebene Testament gelesen habe, um so weniger geschlossen werden, als die Verhältnisse in diesem Falle wesentlich andere sind, sofern von einem Erblasser, der schreiben und lesen kann, mit Grund von selbst anzunehmen ist, daß er sein von

einem Andern geschriebenes Testament nicht unterschreiben werde, ohne es zu lesen.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Febr. 1863 in der Appellationssache N. c. F. [134]

b) Wird ein schriftliches Privattestament vor einem Notar und fünf Zeugen errichtet, wie dieß ein gleichförmiger und von dem Obertribunal stets anerkannter Gerichtsgebrauch gestattet, [135] so genügt es, wenn der schriftkundige Testirer den von einem Anderen geschriebenen, aber von ihm selbst unterschriebenen Aufsatz dem Notar und den Zeugen mit der Erklärung vorlegt, daß solcher seinen letzten Willen enthalte. Da die Formen nur den Zweck haben, eine Garantie für die Gewißheit des Willens zu geben, so ist diese Garantie, wo nicht in einem höheren, doch gewiß in dem gleich starken Grade vorhanden, wenn der Testirer die Schrift in Gegenwart des Notars und der Zeugen unterzeichnet, als wenn er sie schon vorher unterschrieben hat, und es fehlt an jedem Grunde für das Verlangen, daß noch ein Dritter das Testament dem des Schreibens und Lesens kundigen Testirer vorlese und dieses beurkunde, da diese Vorschrift nur für Testirer gegeben ist, welche weder lesen noch schreiben können, wo sie aber auch ihren guten Grund hat.

---

[134] Diese Entscheidung ist vollständig abgedruckt in Tafels Civilrechtssprüchen Bd. VI, S. 26 ff.

[135] Kapff, Civilrechtsspr., Bd. I, S. 127 ff.; Sarwey, Monatschrift, Bd. VIII, S. 152, 153, 161; Hufnagel, Mitth., Bd. I, S. 120 ff. und S. 535; Tafel, Civilrechtsspr., B. IV, S. 198 f.; Stein, Erbrecht, 3. Aufl., §. 56; Zeitter, freiw. Gerichtsbarkeit, §. 260; Griesinger, Komm., Bd. V, S. 84 ff.; Bolley, 33 Aufsätze S. 2 ff. u. S. 419; Reinhardt, Komm., Bd. II, S. 35, Note 1; Boscher, Zeitschrift für freiw. Gerichtsbarkeit, IV. Jahrg. (1862), S. 136, Note 5, S. 140; X. Jahrg. (1868), S. 167 ff. Entsch. des Obertribunals vom 16. Juni 1820, 7. April 1832, 10. Mai 1854, 18. Dez. 1857, 22. Mai 1858, 21. April/25. Mai 1858; 25. Jan. 1860, 4. Febr. 1865.

Dafür, daß es bei dem des Lesens und Schreibens Kundigen genüge, wenn er die von einem Anderen geschriebene, aber von ihm unterschriebene Schrift dem Gerichte u. s. w. mit der obigen Erklärung vorlegt, spricht auch die Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 14 und Thl. III, Tit. 7, §. 5, wonach Eheleute oder sonst zwei oder mehrere Personen nach den landrechtlichen Formen in einer Schrift testiren können, weil hierin, da die Schrift ja doch nur von einem der mehreren Testirenden geschrieben werden kann, nothwendig der Satz enthalten ist, daß nicht jeder der so Testirenden seinen letzten Willen selbst niederschreiben müsse. Ebenso kann die weitere Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 5, §. 4, wonach es zu einem schriftlichen privilegirten Testamente der Eltern genügt, wenn dasselbe entweder von dem Testirer selbst geschrieben, oder mit dem Beisatze, daß es sein letzter Wille sei, unterschrieben ist, dafür angeführt werden. Denn es kann unmöglich angenommen werden, daß das Gesetz, während es in diesen beiden Fällen nicht verlangt, daß das Testament von dem Testirer eigenhändig geschrieben werden müsse, solches in den anderen Fällen als eine wesentliche Form aufstelle, zumal, wenn man bedenkt, daß bei der Art der Errichtung letztwilliger Verordnungen vor Gericht, vor einer gerichtlichen Deputation oder vor Notar und Zeugen, bei der Erklärung des Testirers vor denselben, bei der Behandlung der Schrift durch dieselben, indem sie solche mit der Solennisationsurkunde verschließen und versiegeln, ein Betrug unmöglich gemacht und die möglichst große Sicherheit für die Gewißheit des Willens des Testirers gegeben wird.

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Dezember 1857 in der Appellationssache G. c. K.

c) Ein nach der dritten Landrechtsform errichtetes schriftliches Testament wurde angefochten, weil das von einem Anderen geschriebene und von dem Testirer nur unterzeichnete Testament nicht von einer dritten Person dem

Testirer vorgelesen und, daß dieß geschehen, von dem Dritten in der Testamentsurkunde nicht beurkundet worden sei. In den Entscheidungsgründen des Obertribunals wurde jedoch bemerkt, es habe das Obertribunal in früheren Rechtsfällen wiederholt erkannt, daß es bei dem des Lesens und Schreibens Kundigen genüge, wenn er die von einem Anderen geschriebene und von ihm unterschriebene Schrift dem Gerichte oder der Gerichtsdeputation u. s. w. mit der Erklärung vorlege, daß sie seinen letzten Willen enthalte.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. September 1868 in der Appellationssache O. c. H.

38) Testament nach der dritten Landrechtsform; Berufung der Gerichtsmitglieder.

Nach der dritten Testamentsform des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 7, ist es nicht nothwendig, daß der Testirer sich an das Gericht wendet, um eine Deputation abzuordnen, vor welcher er seinen letzten Willen erklären will, sondern er kann vier Gerichtsmitglieder neben dem Gerichtsschreiber in seinem Namen zu sich berufen.[136] Durch die K. Verordnung vom 19. Juni 1808, §. 19, welche von einer Deputation von vier Magistratspersonen, „welche der Testirende nebst dem Stadt- oder Amtsschreiber oder einem beeidigten Substituten oder dem Dorfschreiber zu sich berufe," spricht, ist hieran Nichts geändert worden, wie sich aus den angeführten Worten dieser Verordnung und aus der ausdrücklichen Berufung derselben auf das Landrecht ergibt.

Entscheidung des Obertribunals vom 1. Oktober 1851 in der Appellationssache G. c. A.

---

[136] Annotat. ad Jus. Württ. h. t. §. 12; Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 710, Note a; Griesinger, Komm., Bd. V, S. 51; Reinhardt, Komm., Bd. II, S. 29; Bolley, 33 Aufsätze, §. 7, S. 417.

39) Testament nach der dritten Landrechtsform; Ort der Errichtung.

a) Ein Testament nach der dritten Form des Landrechtes vor vier Gerichts- oder Raths-Verwandten und dem Aktuar muß nicht nothwendig in der Wohnung des Testirers errichtet werden, sondern es kann die Errichtung desselben an jedem anderen Orte erfolgen.[137] Es kann daher auch die Zusammenkunft des Testirers und der betreffenden Gerichts- oder Gemeinderathsmitglieder im Rathhause und die Vornahme des Solennisationsaktes an diesem Orte der Rechtsbeständigkeit des Testamentes nicht schaden. Wenn das Testament nur sonst den gesetzlichen wesentlichen Erfordernissen der dritten Form entspricht, kann der an sich völlig gleichgiltige Zusammentritt der gemeinderäthlichen Deputation auf dem Rathhause auf die Giltigkeit des Testamentsaktes nicht von Einfluß sein.[138]

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Februar 1860 in der Appellationssache K. c. L.

b) Im Falle der Errichtung eines Testamentes nach der dritten Form des Landrechtes kann der Testirer die vier Gerichts- oder Rathsverwandten sammt dem beeidigten Stadt-, Amts- oder Dorfschreiber zu sich in sein Haus oder einen andern ihm beliebigen Ort berufen und vor ihnen seinen letzten Willen erklären.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. September 1845 in der Appellationssache F. c. W.

40) Testament nach der dritten Landrechtsform; Besetzung der Gerichtsdeputation.

a) Das Landrecht verordnet bezüglich der dritten Testamentsform in Thl. III, Tit. 3, §. 7: „Da eine testirende

---

[137] **Weishaar**, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 710; **Reyscher**, württ. Privatrecht, Bd. III, §. 645, S. 213; **Griesinger**, Kommentar, Bd. V, S. 51; **Reinhardt**, Komm., Bd. II, S. 29; **Zeitter**, freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. I, S. 95.

[138] **Sarwey**, Monatschrift, Bd. XVII, S. 233; **Bolley**, Komm., Bd. III, S. 1143, wo auch vorausgesetzt ist, daß die Deputation auf dem Rathhause thätig war.

Manns- oder Weibsperson nicht persönlich für Gericht erscheinen wollte oder könnte, so mag dieselbig vier Gerichts- oder Raths-Verwandte sammt dem geschworenen .... Schreiber .... zu sich berufen, und vor denselbigen ihr Testament anzeigen." Hienach wird die Anwesenheit von vier Gerichts- oder Rathsverwandten und des Aktuars erfordert. Ist jedoch die Funktion eines Kollegialmitgliedes und des Aktuars in einer Person vereinigt, so genügt es, wenn außerdem drei Gerichts- oder Rathsverwandte zugezogen werden. (Vergl. erste Form Nro. 34, S. 333.) In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wird dißfalls ausgeführt: Zur Zeit der Errichtung des Landrechtes bestand die nunmehr zulässige Uebertragung der Funktion des Aktuars an ein Kollegialmitglied noch nicht. Wer aber mehrere Aemter in sich vereinigt, stellt rechtlich ebenso viele Personen vor.[139] Dieser Grundsatz findet sich in der vaterländischen Gesetzgebung häufig angewandt. Der aus der Mitte des Gemeinderathes erwählte Rathsschreiber behält die ihm als Rathsmitglied gebührende Stimme, und ausnahmsweise wird dem ersten Ortsvorsteher, welcher das Aktuariat bei dem Gemeinderathe besorgt, zur Führung der Wahlprotokolle eine Urkundsperson an die Seite gegeben.[140] Gemäß dem Pfandgesetze vom 15. April 1825, Art. 146 und 150, gehört zu einer Pfandbestellung die Einwilligung von wenigstens fünf mit Stimmrecht versehenen Mitgliedern, und der Rathsschreiber hat das Protokoll zu führen. Durch das Gesetz vom 21. Mai 1828, Art. 36, wurde dem Rathsschreiber eine zählende Stimme eingeräumt und in dem Art. 32 ausgesprochen, daß zur formellen Giltigkeit eines Unterpfandes die Unterschriften von fünf Mitgliedern der Pfandbehörde, folglich mit Einschluß des Rathschreibers, erforderlich seien.[141] Bekleidet

---

[139] Vergl. **Hofaker**, princ. jur. civ., §. 232.

[140] Verwaltungsedikt vom 1. März 1822, §. 20.

[141] Vergl. v. **Sarwey**, Monatschrift, Bd. I, S. 80; Bd. IX, S. 417.

der erste Ortsvorsteher oder ein Gemeinderath zugleich die Stelle des Rathschreibers, so hat er doppelte Verantwortlichkeit und doppelten Gebührenantheil.[142] Beibringens-Inventuren, Erbtheilungen u. s. w. werden von zwei, beziehungsweise drei Waisenrichtern und dem Notar gefertigt; ist jedoch der Ortsvorsteher auch Notar, so funktionirt er in beiden Eigenschaften.[143] Wesentlich ist die Beiziehung eines Aktuars zu gerichtlichen Verhandlungen,[144] bei den Bezirksgerichten aber versieht einer der Richter das Aktuariat.[145] Demnach kann nicht angenommen werden, daß die dritte landrechtliche Testamentsform auch da, wo kein besonderer Rathsschreiber aufgestellt ist, die Anwesenheit von fünf physischen Personen erfordere. Bei der ersten Form (Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 2, 3), wird gleichfalls eine bestimmte Zahl von Gerichtspersonen verlangt; es soll ein Mitglied mehr als die Hälfte des Gemeinderathes nebst dem Aktuar zugegen sein;[146] und doch läßt der klare Inhalt des Verwaltungsediktes, §. 20, nicht bezweifeln, daß der erste Ortsvorsteher oder ein Gemeinderathsmitglied die Stelle des Aktuars vertreten darf.[147]

Entscheidung des Obertribunals vom 26. Mai 1845 in der Appellationssache H. c. St.

b) Wenn der Errichtung eines Testamentes nach der dritten Landrechtsform außer dem Schultheißen und zu-

---

[142] Gesetz vom 21. Mai 1828, Art. 86; K. Verordnung vom 1. Juli 1841, §. 1.

[143] Gesetz über das Notariatswesen vom 14. Juni 1843, Art. 5, 7; Justizministerialerlaß vom 21. Januar 1828 (amtl. Handausgabe der Gesetze über das Notariatswesen, S. 143.

[144] Cap. 2, X. de probat.; cap. 28, X. de testib.

[145] IV. Edikt vom 31. Dez. 1818, §. 45, 61; Gesetz über das Notariatswesen vom 14. Juni 1843, Art. 29; vergl. jetzt Civilprozeßordnung von 1868, Art. 622, Abs. 2; Gerichtsverfassungsgesetz von 1868, Art. 6, Abs. 2, Art. 7, Abs. 4.

[146] K. Verordnung vom 19. Juni 1808, §. 23; IV. Edikt vom 31. Dezember 1818, §. 39.

[147] Vergl. Nr. 34, S. 333 ff.

maligen Rathschreiber nur drei Gemeinderathsmitglieder angewohnt haben, so ist diß genügend, obwohl nach dem Landrechte, Thl. III, Tit. 3, §. 7, vier Gerichts- oder Rathsverwandte nebst dem geschworenen Schreiber anwesend sein sollen. Denn wenn der Schultheiß zugleich Rathschreiber ist, was er nach unseren organischen Einrichtungen zugleich sein kann, so ist er gemäß einem allgemein giltigen [148] und namentlich auch in unserer vaterländischen Gesetzgebung mehrfach gleichmäßig angewandten Grundsatze (Verwaltungsedikt vom 1. März 1822, §. 20; Pfandgesetz vom 15. April 1825, Art. 146, 150 vergl. mit Art. 36, 32 des Gesetzes vom 21. Mai 1828; K. Verordnung vom 1. Juli 1841, §. 1; Notariatsgesetz vom 4. Juni 1843, Art. 5, 7, 29) bei einem öffentlichen Akte der vorliegenden Art als in doppelter Eigenschaft handelnd anzusehen, indem er rechtlich eine doppelte Person, das vierte Gemeinderathsmitglied und zugleich den Ortsschreiber repräsentirt.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Februar 1860 in der Appellationssache K. c. L.

c) Nach Landrecht Thl. III, Tit. 3, §. 7, sollen bei der dritten Testamentsform vier Gerichts- oder Rathsverwandte und der Dorf- oder Amtsschreiber zur Aufnahme des Testamentes zugezogen werden. Das Obertribunal hat jedoch längst den Grundsatz angenommen und angewendet, daß es in Ansehung der dritten Landrechtsform da, wo der Schultheiß zugleich Rathschreiber ist, nach unseren neueren organischen Einrichtungen genüge, wenn das Testament in Gegenwart des Schultheißen und zumaligen Rathschreibers und dreier Gemeinderäthe errichtet worden ist. Da es sich nämlich hier um Errichtung einer letztwilligen Verfügung vor Gericht oder einer gerichtlichen

---

[148] Glück, Komm., Bd. II, S. 63, 64, Bd. XXXII, S. 212, Hofaker, princ. jur. T. III, §. 4256; Griesinger, Komm. Bd. V, S. 34.

Deputation handelt, so kann es, was die Besetzung des Gerichtes anbelangt, nicht auf die Verfassung und die Einrichtungen zur Zeit des Landrechtes, sondern nur auf die jetzigen ankommen. Diese gestatten aber, daß der Schultheiß zugleich Rathschreiber sein, beide Funktionen neben einander versehen darf (Verwaltungsedikt vom 1. März 1822, §. 20; K. Verordnung vom 1. Juli 1841, §. 1), wie denn überhaupt der Grundsatz gilt, daß da, wo ein Gerichtsmitglied zugleich die Stelle und die Funktionen des Aktuars versehen darf, es der Beiziehung eines besonderen Aktuars oder eines weiteren Gerichtsmitgliedes nicht bedarf (IV. Edikt vom 31. Dez. 1818, §. 45, 61; Notariatsgesetz vom 14. Juni 1843, Art. 5, 7, 29; Civilprozeßordnung von 1868, Art. 622; Gerichtsverfassungsgesetz Art. 7, Abs. 4).

Entscheidung vom 29. Dezember 1869 in der Appellationssache M. c. P.

d) Behufs der Errichtung eines Testamentes nach der dritten Form des Landrechtes vor einer Deputation des Gemeinderathes zu W. hatte der Gemeinderath für den Akt der Testamentserrichtung einen besonderen Rathschreiber aufgestellt und verpflichtet, weil außer dem Schultheißen und zumaligen Rathschreiber nur drei Gemeinderäthe verfügbar gewesen waren und der Gemeinderath von der irrigen [149] Ansicht ausgegangen war, daß die dritte landrechtliche Testamentsform die Anwesenheit von vier Gemeinderathsmitgliedern neben dem Rathschreiber auch dann erfordere, wenn dieser selbst Gemeinderath sei. Das Testament wurde als nichtig angefochten, weil bei demselben ein gesetzlich befähigter Rathschreiber nicht gehandelt habe, sofern anstatt des ordentlichen Rathschreibers eine Privatperson als solcher zugezogen worden sei. Dieser Nichtigkeitsgrund wurde in höchster Instanz nicht als zutreffend erkannt. Denn, sagen die Entscheidungsgründe, nach §. 20

---

[149] Vergl. oben lit. a—c.

und 116 des Verwaltungsediktes vom 1. März 1822 wird der Rathschreiber von dem Gemeinderathe auf Lebensdauer gewählt und von dem Oberamte bestätigt und in Pflichten genommen. Nach Art. 22 des Gesetzes, betr. einige Abänderungen der Gemeindeordnung vom 6. Juli 1849, bedarf aber die Ernennung und Verpflichtung des Rathschreibers keiner Mitwirkung mehr von Staatsbehörden. Es war daher der Gemeinderath in W., als er der Ansicht war, daß es — wegen der bei der dritten Form des Landrechtes neben dem Rathschreiber erforderlichen Zahl von vier Gemeinderathsmitgliedern, da neben dem Schultheißen und Rathschreiber nur noch drei verfügbare Gemeinderathsmitglieder vorhanden waren — nothwendig sei, einen Stellvertreter des Rathschreibers aufzustellen, vollkommen befugt, für den Akt der Testamentserrichtung einen besonderen Rathschreiber zu bestellen und zu verpflichten.

Entscheidung des Obertribunals vom 25. September 1855 in der Appellationssache M. c. R.

41) Die Bitten des Testirers bei Errichtung eines Testamentes nach der dritten Landrechtsform.

a) Nach der dritten Landrechtsform hat der Testirer, wenn er dem Rathschreiber und den vier Gerichtsmitgliedern sein schriftliches Testament übergibt, die Bitte an sie zu richten: „dasselbe auf- und anzunehmen, dasselbe vor das Gericht zu bringen und zu verwahren und hernach, zu gebührender Zeit, seinen Nächstbefreundeten zu verkünden, gebührlich zu eröffnen und zu vollziehen.“ Darüber, ob diese Bitte überhaupt und in ihrem ganzen Umfang wesentlich sei oder nicht, sind die Rechtslehrer über das Landrecht verschiedener Ansicht.[150] Jedenfalls

[150] **Griesinger**, Komm., Bd. V, S. 53, verneint die Frage, und ihm folgt auch die Entscheidung eines Gerichtshofes, mitgetheilt in **Sarwey's** Monatschrift, Bd. II, S. 221 ff.; **Lauterbach**, Diss. de test. judic., §. 28, Nro. 16, bejaht die Frage

aber kann die Bitte des Testirers, das Testament nach seinem Tode zu eröffnen und zu vollziehen, nicht als eine wesentliche Förmlichkeit betrachtet werden. Denn wer ein Testament errichtet, dessen Wille, daß nach seinem Tode demselben nachgelebt werden solle, versteht sich von selbst. Daher ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber eine ausdrückliche Erklärung des Testirers hierüber als wesentliche Form habe aufstellen wollen. Sodann sagt das Landrecht bei der dritten Form, es solle die Bitte gestellt werden, „hernach zu gebührender Zeit mit Eröffnung und Anderm zu handeln, wie vorgehende Formen ausweisen.“ Nun wird zwar nach der zweiten Testamentsform dieselbe Bitte vorgeschrieben, nicht aber nach der ersten Testamentsform. Ebensowenig wird diese Bitte in der vierten und fünften Testamentsform vorgeschrieben. Es läßt sich nun aber kein vernünftiger Grund denken, aus welchem der Gesetzgeber bei der zweiten und dritten Form jene Bitte als eine wesentliche Förmlichkeit hätte aufstellen wollen, welcher er bei den andern Formen gar nicht erwähnt, und zwar um so weniger, als er dieselbe bei dem mystischen Testamente der fünften Form, welche die vier vorhergehenden Formen in sich vereinigt, nicht wiederholt. Nach dem Landrechte, Thl. III, Tit. 27, kann ein Testirer Testamentsexekutoren bestellen. Thut er dieß nicht, so müssen die Gerichte von Amtswegen für die Vollziehung letztwilliger Verordnungen thätig sein. Hienach ist es in den freien Willen eines Erblassers gestellt, ob er einen Testaments-

---

nach ihrem vollen Umfang, welchem auch Kapff, Civilrechtsspr., Bd. I, S. 154 f., beigezählt werden kann. Dagegen sprechen Plebst ad Jus. Wurtt. ad P. III, §. 40; Reinhardt, Komm., Bd. II, S. 29; Reyscher, württ. Privatrecht, Bd. III, §. 646, S. 216, blos von der wesentlichen Form, daß der Testirer bitte, das übergebene Testament vor Gericht zu bringen und bei diesem verwahren zu lassen, welche Ansicht auch bei Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 712, vergl. mit §. 709, anzunehmen sein wird.

vollstrecker benennen will oder nicht. Wie läßt sich nun annehmen, daß im Widerspruch damit der Gesetzgeber bei der zweiten und dritten Testamentsform jene Bitte als eine wesentliche Förmlichkeit habe festsetzen, als eine solche die Bestellung von Testamentsexekutoren den Testirern habe auferlegen wollen? und zwar häufig Gerichten gegenüber, welche auch ohne jene Bitte von Amtswegen aufgefordert sind, für die Eröffnung und Vollziehung des letzten Willens zu sorgen.

Entscheidung des Obertribunals vom 1. Oktober 1851 in der Appellationssache G. c. A.

b) Ob die in dem Landrechte, Thl. III, Tit. 3, §. 7, bei der dritten Testamentsform vorgeschriebene Bitte des Testirers, das bereits geschrieben übergebene Testament vor Gericht zu bringen und in das Gerichtsbuch einzuschreiben oder zu verwahren, zur wesentlichen Form gehöre, ist eine unter den Rechtslehrern bestrittene Frage. Wie man aber diese Frage auch beantworten mag, so genügt es jedenfalls, wenn der Testirer entweder bittet, sein Testament vor Gericht zu bringen und in das Gerichtsbuch einzuschreiben, oder wenn er bittet, dasselbe vor Gericht zu bringen und zu verwahren. [151]

Entscheidung des Obertribunals vom 26. September 1845 in der Appellationssache F. c. W.

c) Wird im Falle der Testamentserrichtung nach der dritten Form des Landrechtes ein bereits geschriebenes Testament an die vier Gerichts- oder Rathsverwandte übergeben, so verordnet das Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 7, daß der Testirer sein Testament mit der Bitte übergeben möge, solches auf- und anzunehmen, vor Gericht zu bringen, zu verwahren und nach seinem Tode zu eröffnen. Ob die Bitte, das Testament anzunehmen und vor Gericht zu bringen, etwas Wesentliches ist, ist in oberstrichterlichen

---

[151] **Hochstetter, Einl. in das württ. Landrecht, S. 389; vergl. jedoch auch Sarwey, Monatschrift, Bd. XVI, S. 29 ff.**

Entscheidungsgründen gesagt, kann dahin gestellt bleiben. Denn das fragliche Solennisationsprotokoll enthält ausdrücklich die Bitte des Testirers, sein letzter Wille, den er gesiegelt bei dem Gemeinderathe niederlege, möchte bis nach seinem Tode aufbewahrt und dann dem Oberamtsgerichte zur Eröffnung übergeben werden, worin von selbst auch die Bitte lag, das von dem Testirer übergebene Testament in Empfang zu nehmen und in die Hände des Gemeinderathes zu bringen. Denn es braucht kaum erwähnt zu werden, daß der Testirer nicht gerade die Worte des Landrechtes zu gebrauchen nöthig habe, [152] und ebenso, daß, wenn das Testament, das der Testirer bei dem Gemeinderath niederlegen wollte, aufbewahrt werden sollte, solches von den Anwesenden anzunehmen und vor Gericht zu bringen war.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Februar 1860 in der Appellationssache K. c. L.

d) In dem schon unter lit. a) erwähnten Falle hatte die Testirerin an die Gerichtsdeputation die Bitte gestellt, ihren bereits geschriebenen letzten Willen in Empfang zu nehmen und aufzubewahren. Die so gestellte Bitte, wurde angenommen, genüge der Vorschrift des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 7, sofern kein gegründeter Zweifel obwalten könne, daß die Testirerin mit den besagten Worten die Bitte, daß ihr letzter Wille bei Gericht aufbewahrt werden möge, habe stellen wollen. Nach der Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 11, §. 2, sagen die Entscheidungsgründe, kommt es sogar bei der Fundamentalbestimmung eines Testamentes, bei der Erbeinsetzung, nicht darauf an, wenn der Testirer die Worte der Erbeinsetzung nicht so setzte, wie es die Rechte erfordern, sondern es ge-

---

[152] Vergl. auch die Entscheidung des K. Gerichtshofes zu Eßlingen in Sarwey's Monatschrift, Bd. XVI, S. 35, wo gleichfalls angenommen ist, daß der Testirer die fraglichen Bitten nicht gerade mit den Worten des Landrechtes ausdrücken müsse.

nügt, wenn nur nach den Worten, wie sie der Testirer gebrauchte, eine Erbeinsetzung angenommen werden kann. Es ist daher um so weniger nothwendig, daß der Testirer mit den von dem Landrechte gebrauchten Worten jene Bitte an die Stadtrathsmitglieder richtete, sondern es reicht vollkommen hin, wenn nur aus den von ihm gebrauchten Worten jene Bitte entnommen werden kann.

Entscheidung des Obertribunals vom 1. Oktober 1851 in der Appellationssache G. c. A.

e) Es ist nicht nothwendig, sagen die Entscheidungsgründe in einer anderen Sache, daß der Testirer die im Landrechte, Thl. III, Tit. 3, §. 7, bezüglich der dritten Landrechtsform vorgeschriebene Bitte, sein bereits geschriebenes Testament vor Gericht zu bringen und dasselbe in das Gerichtsbuch einzuschreiben oder zu verwahren, an die gerichtliche Deputation ausdrücklich stelle und hiebei gerade die Worte des Landrechtes gebrauche, sondern es genügt, wenn er nur seinen hierauf gerichteten Willen in anderen unzweideutigen Worten oder Handlungen zu erkennen gibt. In dem in Frage gestandenen Falle hatte der Testirer nach der über den Testirakt aufgenommenen Urkunde den Schultheißen (und zumaligen Rathschreiber) nebst vier Gemeinderäthen in seine Wohnung zu sich berufen, um vor ihnen sein Testament zu errichten und ihnen „sein errichtetes von einer vertrauten Person niedergeschriebenes Testament mit der Erklärung verschlossen übergeben, daß dasselbe seinen letzten Willen enthalte und daß er sie nun bitte, eine Urkunde darüber aufzunehmen." Hiemit, wurde angenommen, habe der Testirer in unzweideutiger Weise die Bitte, sein Testament vor Gericht zu bringen und zu verwahren, an die gemeinderäthliche Deputation gerichtet. Da, sagen die Entscheidungsgründe, der Testirer ein gerichtliches Testament errichten wollte, da er zu diesem Zwecke den Schultheißen und vier Gemeinderäthe zu sich berief, ihnen sein Testament übergab und sie bat, eine Urkunde darüber aufzunehmen, und diese die Testaments-

urkunde in Empfang nahmen und mitnahmen, so ist in der Bitte, eine Urkunde über die Uebergabe des Testamentes an sie auszustellen, sodann in der wirklichen Uebergabe des Testamentes an die Deputation und in der Annahme des Testamentes von Seiten der Letzteren die Bitte um Verwahrung thatsächlich in unzweifelhafter Weise enthalten. Gerade aber weil der Testirer ein gerichtliches Testament errichten wollte und er sein Testament der gerichtlichen Deputation zur Verwahrung übergab, ist in seiner Bitte selbstverständlich zugleich die Bitte um Verwahrung bei Gericht enthalten. Sollte es aber bei Gericht verwahrt werden, so mußte es an das Gericht gebracht werden, also ist in der Bitte um Verwahrung bei Gericht nothwendig auch die Bitte, das Testament vor Gericht zu bringen, begriffen.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. September 1868 in der Appellationssache D. c. H.

f) In einem anderen Falle hatte die kranke Testirerin den Schultheißen und zumaligen Rathschreiber nebst drei Gemeinderäthen behufs der Errichtung des Testamentes zu sich in ihre Wohnung berufen, und diesen ihren letzten Willen mündlich eröffnet, worauf derselbe von dem Rathschreiber in das mitgebrachte Gemeinderathsprotokoll eingetragen worden ist. In diesem Eintrag ist gesagt, es habe die Testirerin auf Befragen angegeben, daß sie Folgendes zu Papier gebracht wissen wolle. Hiemit, sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe, ist dem Landrechte genügt, wenn dasselbe in §. 7, Thl. III, Tit. 3, von der Bitte spricht: „den letzten Willen durch den gegenwärtigen Schreiber aufschreiben zu lassen.“ Was aber die in dem angeführten §. 7 weiter erwähnte Bitte betrifft, „das Aufgeschriebene vor Gericht zu bringen und in das Gemeinbuch einzutragen,“ so kommt in Betracht, daß die Deputation im vorliegenden Falle das Gemeinderathsprotokoll sogleich mitgebracht, die letztwillige Verordnung in Frage in dasselbe eingetragen und die Testirerin diesen Eintrag auf

Vorlesen unterzeichnet hat. Mit letzterem hat sie den Wunsch und die Bitte des Eintrages in jenes Protokoll thatsächlich ausgedrückt, wie es sich auch von selbst verstand, daß dieses Protokoll an den Gemeinderath zurückgebracht wurde. Betreffend aber die im §. 7 erwähnte weitere Bitte „der Verwahrung", so bezieht sich dieselbe, wie sich aus der Vergleichung mit dem auf die erste landrechtliche Testamentsform bezüglichen §. 2, Thl. III. Tit. 3 des Landrechtes, sowie aus der Fassung des §. 7 selbst ergibt, nur auf den zuvor schon geschriebenen Willen, welcher der Deputation zur Aufbewahrung vor Gericht übergeben wird, nicht auf einen vor der Deputation mündlich erklärten letzten Willen.

Entscheidung des Obertribunals vom 29. Dezbr. 1869 in der Appellationssache M. c. P.

g) Die, wie schon erwähnt, bestrittene Frage, ob die bei der dritten Testamentsform im Landrecht a. a. O. dem Testirer vorgeschriebene, an die Raths- oder Gerichtsdeputation zu stellende Bitte, das Testament vor Gericht zu bringen und dasselbe in das Gerichtsbuch einzutragen oder zu verwahren, zu den wesentlichen, die Giltigkeit des Testamentes bedingenden Förmlichkeiten gehöre, hat das Obertribunal bis jetzt nicht entschieden, sondern stets dahin gestellt gelassen. Die Frage kam jedoch mehrfach zur Erörterung und es dürfte von Interesse sein, folgende Ausführung,[153] welche zu einer Verneinung der Frage gelangt, hier mitzutheilen:

Bei der Berathung in der Bebenhäuser Kommission kam die Frage nicht zur Sprache, vielmehr bezogen sich die Aeußerungen der Kommission nur darauf, ob die Unterlassung der dem Gerichte bei der Testamentseröffnung obliegenden Handlungen der Giltigkeit des Testamentes schade. Eisengrein votirte nämlich bei Berathung der

[153] Dieselbe stammt aus der Feder des Herrn Obertribunaldirektors Dr. v. Neidhardt.

ersten Landrechtsform: „ob es auch necessitatis, ut verba textus sonant: daß solchs alßbald, durch den geschwornen Schreiber, in sein Vnd des Gerichts gegenwertigkeit ordenlich eingeschrieben, An sufficiat Scribam domi id facere et intra privatos parietes dispositionem literis mandare, ut ob id testamentum hoc non vitietur. Nam aequissimum esse, illas solennitates, quae omissae sunt a tertio, testatori non praejudicare." [154] Es ist also hier nicht von Demjenigen, was dem Testirer zu beobachten obliegt, sondern von Dem, was ein Dritter beobachten soll, die Rede und, wenn der Letztere Etwas versäumt, ist gesagt, soll es der Giltigkeit des Testamentes Nichts schaden. Damit waren aber die übrigen Kommissionsmitglieder auf das Votum des D. Bayer hin nicht einverstanden, der es für eine wesentliche Förmlichkeit erklärte, daß von dem Schreiber in des Gerichtes Gegenwärtigkeit das Testament sogleich protokollirt und dem Testirer wieder vorgelesen werde, wobei übrigens D. Bayer seinem Votum beifügte: „Jtem fortassis non esse substantiale, daß der Testator begehren müsse, man wölls einschreiben." [155] Ist die Protokollirung des letzten Willens und das Vorlesen des Protokolles ein essentiale, so erscheint die Bitte des Testirers als ganz überflüssig, weil jenes nothwendig geschehen muß und so lange es nicht geschehen ist, ein giltiges Testament noch gar nicht errichtet ist. Die Bemerkung des D. Bayer erscheint daher begründet, wenn von der Einschreibung des letzten Willens in das Gerichtsbuch die Giltigkeit desselben abhängen soll. Auch bei der Berathung über die dritte Testamentsform war nur davon die Rede, daß die Giltigkeit des Testamentes nicht davon abhängen solle, daß es vor Gericht gebracht und eingeschrieben werde. Denn, war die Ansicht der Majorität der Kommission, non esse ne-

[154] Faber und Schloßberger, die Vorarbeiten zum württ. Landrecht S. 578.

[155] Ebendaselbst S. 579.

cessitatis, quia si id omitteretur sine culpa testatoris, infirmaretur testamentum ejus, in ejus praejudicium, cum tamen non ipse, sed tertius sit in culpa.[156]

Was hienach die Kommission bei der ersten Form für wesentlich hielt, die Einschreibung des Testamentes in das Gerichtsbuch, das erklärte sie bei der dritten Form für unwesentlich. Es liegt aber der Grund hievon sehr nahe. Bei der ersten Form hatte der Testirer seinen letzten Willen mündlich vor Gericht erklärt, und erst dadurch, daß solcher alsbald in das Gerichtsbuch eingeschrieben und dem Testirer vorgelesen wird, wird die erforderliche volle Gewißheit für eine spätere Zeit festgestellt, weil, wenn es nicht oder auch nur später geschähe, wie D. Bayer bemerkte, hac ratione multa possent in fraudem testatoris fieri,[157] während bei der dritten Form die gerichtliche Deputation über den vor ihr mündlich erklärten letzten Willen oder über das ihr übergebene schriftliche Testament eine Urkunde aufzunehmen und diese Urkunde vor Gericht zu bringen hatte, also bei der dritten Form das bereits in Schriften vorlag, was bei der ersten Form durch das Einschreiben in das Gerichtsbuch erst zu geschehen hatte.

Nach diesen Kommissionsbeschlüssen und deren Motiven müßte man folgeweise zu der Ansicht gelangen, daß, wie bei der ersten Form die Einschreibung des letzten Willens in das Gerichtsbuch ein wesentliches Erforderniß sei, so eben dasselbe auch bei der dritten Form von der Urkunde gelten müsse, welche die gerichtliche Deputation über die an sie geschehene mündliche Eröffnung oder Uebergabe des schriftlichen letzten Willens aufzunehmen habe. Allein durch die im Landrechte nach Aufführung der fünf Testamentsformen gegebene allgemeine Vorschrift, daß nur diejenigen Förmlichkeiten, welche der Testirer selbst zu beobachten

---

[156] Ebendaselbst S. 583.
[157] Ebendaselbst S. 579.

habe, wesentlich seien, daß aber, wenn diese beobachtet seien, die Unterlassung derjenigen Förmlichkeiten, welche von den bei der Errichtung von Testamenten gebrauchten Personen, Richtern, Zeugen, geschworenen Schreibern, Notaren, beobachtet werden sollen, keinen Einfluß auf die Giltigkeit des letzten Willens haben sollen, wenn solche nur durch die bei der gewählten Form erforderliche Zahl von Gerichtsverwandten oder Testamentszeugen bewiesen werden kann, ist das Gegentheil ausgesprochen. Hienach sollten Versäumnisse dieser dritten Form, namentlich Unterlassung der Einschreibung des letzten Willens, der Giltigkeit des Testamentes nicht schaden. Dagegen ist die Bitte, welche nach den landrechtlichen Testamentsformen der Testirer an die bei Aufrichtung seines letzten Willens gebrauchten Personen stellen soll, eine Vorschrift für den Testirer und nach dem Wortlaut des Gesetzes: „solches Alles als nothwendige und wesentliche Stück der Testamente soll von ihnen fleißig und eigentlich in Acht genommen werden", ansonst „ihr Verordnung für kein beständiges Testament gehalten werden, sondern nichtig sein" soll, würde die Unterlassung dieser Bitte die Verletzung einer wesentlichen Förmlichkeit sein und die Nichtigkeit des Testamentes bewirken. Auch könnte man für eine mit dem Wortlaute des Gesetzes übereinstimmende Absicht des Gesetzes den Grund anführen, aus welchem ein Testament wegen Versäumnissen Dritter nicht ungiltig sein soll, weil unter einer fremden Schuld der Testirer, welcher das, was ihm zu beobachten oblag, gethan hatte, nicht leiden soll. Man könnte sagen, er sei nur dann von eigener Schuld frei, wenn er die Aufforderung an Gericht, Zeugen, Schreiber, Notar, gestellt habe, wie sie in den landrechtlichen Formen für ihn vorgeschrieben sind, diese dritten Personen aber es dennoch unterlassen haben.

Gleichwohl aber wird man sich für das Gegentheil entscheiden müssen.

Wenn man sich die Frage stellt, was denn der Zweck

der verschiedenen Bitten sei, welche der Testirer an Gericht und Zeugen stellen soll, so kann man nur die eine Antwort geben, daß der Testirer sich damit den Beweis für die Zukunft sichern soll, weil, wenn sein letzter Wille nicht urkundlich gemacht wird, und von den Richtern und Zeugen, vor welchen er errichtet worden, auch nur der eine oder der andere wegstirbt, der Beweis unmöglich wird. Ist aber die Sicherung des Beweises des letzten Willens der Zweck des Gesetzes, so trifft zwar den Testirer, wenn er nicht die entsprechende Bitte an Gericht oder Zeugen gestellt hat, und sein Wille, weil er nicht urkundlich gemacht wurde, und alsdann der nach Landrecht nothwendige Beweis nicht mehr geführt werden kann, eine Schuld an dem Verluste des Beweises, nicht aber an der Ungiltigkeit seines letzten Willens, weil, wenn alle Richter und Zeugen noch lebten, durch deren Aussagen der Beweis geführt werden könnte. Dies scheinen auch Diejenigen zu fühlen, welche jene Bitten für wesentlich halten, sofern sie dieselben als gestellt annehmen, wenn der Eintrag des letzten Willens in das Gerichtsbuch geschehen oder eine schriftliche Urkunde darüber in der gesetzlich vorgeschriebenen Art aufgenommen worden sei.

Die Bitten, welche der Testirer an das Gericht oder die Zeugen stellen soll, lauten verschieden: Bei der ersten Form: „mit angehängtem Begehren, solchen ihren letzten Willen in das Gerichtsbuch einzuschreiben.“ Bei der zweiten Form: „mit angehängter Bitte, denselben hinter einem Gerichte bis nach seinem Tode zu verwahren und alsdann seinen nächstbefreundeten zu verkünden, gebührlich zu eröffnen und zu vollziehen.“

Während sodann nach der ersten Form das mündliche Testament in das Gerichtsbuch eingeschrieben werden soll, soll bei dem übergebenen schriftlichen Testamente der zweiten Form die Solennisationsurkunde auf der Rückseite des übergebenen Testamentes verzeichnet, oder, wenn das nicht füglich geschehen könnte, eine besondere Urkunde auf-

genommen und solche mit dem Testamente selbst in einem mit dem Gerichtssiegel geschlossenen Umschlag bei Gericht aufbewahrt werden.

Nach der dritten Form soll der Testirer bitten, sein Testament durch den Schreiber aufschreiben zu lassen, oder, da es zuvor geschrieben wäre, dasselbe auf- und anzunehmen und vor ein Gericht zu bringen, in das Gerichtsbuch einzuschreiben oder zu verwahren, auch hernacher zu gebührender Zeit mit Eröffnung und anderem zu handeln, wie vorgehende Formen ausweisen.

Nach der zweiten und dritten Form soll der Testirer die Bitte um dereinstige Eröffnung und Vollziehung des Testamentes stellen; in der ersten Form aber ist diese Bitte nicht vorgeschrieben, es kann daher unmöglich angenommen werden, daß sie eine wesentliche Förmlichkeit sei, wie solches auch das Obertribunal verneint hat.[158] Nach der ersten und dritten Form soll ein Eintrag in das Gerichtsbuch geschehen, nach der zweiten aber eine besondere Urkunde über die Testirung aufgenommen werden. Es läßt sich aber für diese Verschiedenheit zwischen der zweiten und dritten Form kein Grund denken. Wie kann nun diese verschiedene Vorschrift eine wesentliche Förmlichkeit sein? zumal, wenn man bedenkt, daß es bei vielen Gerichten, z. B. den Oberamtsgerichten, keine fortlaufenden Gerichtsbücher gibt, sondern nur einzelne besondere Protokolle geführt werden, also die Errichtung eines Testamentes nach der dritten Form vor einer oberamtsgerichtlichen Deputation unmöglich wäre. Man kann nicht einwenden, daß unter dem Gerichtsbuch der ersten und dritten Form eben auch die Protokolle nach der zweiten Form begriffen seien, man kann das nicht einwenden, weil das Gesetz ganz von einander verschiedene Urkunden dabei im Auge hat.

---

[158] Vergl. oben Nr. 41.

Im Allgemeinen versteht sich aber alles, um was der Testirer bitten soll, von selbst. Es ist dem Gerichte, der gerichtlichen Deputation, dem geschworenen Schreiber oder Notar genau und sogar unter Androhung von Strafe in dem Gesetze vorgeschrieben, was sie zu thun haben, wenn Jemand vor ihnen testiren will, wenn er ihnen mündlich seinen letzten Willen eröffnet, oder in einer Schrift übergibt. Warum sollte es nun eine wesentliche Förmlichkeit sein, daß der Testirer das Gericht um das bitte, was die genannten Personen doch zu thun von Amtswegen verbunden sind, warum sollte der Testirer das Gericht um Verwahrung seines schriftlichen Testamentes bitten müssen, da doch bei der Uebergabe kein anderer Zweck denkbar ist und das Gericht ein ihm übergebenes Testament in Verwahrung nehmen muß. Wie kann es endlich in der Absicht des Gesetzes liegen, die Bitte um dasjenige als eine wesentliche Förmlichkeit aufzustellen, was vom Gerichte ausgeführt werden, was aber, wenn es unterbleibt, dennoch der Giltigkeit des Testamentes keinen Eintrag thun soll? Nimmt man vollends hinzu, daß das gemeine Recht eine solche Bitte, wie sie das Landrecht bei den verschiedenen Testamentsformen für den Testirer vorschreibt, nicht kennt und daß das Landrecht „ringere" Testamentsformen als die, welche das gemeine Recht enthält, einführen wollte, so würde man mit der Absicht des Gesetzes in Widerspruch gerathen, wenn man jene Bitten, als wesentliche Förmlichkeit erkennen wollte, weil dadurch weitere und höchst überflüssige, zudem noch ungenaue Förmlichkeiten geschaffen worden wären, welche zu vermeiden gerade in der, in der Relation Eisengrein's ausgesprochenen, Absicht gelegen war.

Während schon aus vorstehenden Gründen anzunehmen sein dürfte, daß es nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen sein könne, jene Bitten als wesentliche Förmlichkeiten aufzustellen, finden sich aber auch noch in der Eisen-

grein'schen Relation über die zweite und dritte Testamentsform einige Stellen, welche hiefür sprechen.[159]

42) Testament nach der vierten Landrechtsform; Unbekanntschaft des Notars mit dem Testirer; Identitätsbeweis.

Ein nach der vierten Form des Landrechtes errichtetes Testament wurde als nichtig angefochten, weil der Notar, welcher das Testament verfertigt, die testirenden Eheleute nicht gekannt, auch nicht im Testament beurkundet habe, daß er sie kenne und wie er sich von ihrer Identität Ueberzeugung verschafft habe. Hiegegen wurde in den Entscheidungsgründen bemerkt:

Die bestrittene Frage, ob es nöthig ist, daß die Testamentszeugen den Testirer persönlich kennen, kann, wie das Obertribunal schon wiederholt angenommen hat,[160] nur insoferne Sinn und Bedeutung haben, als sonst, wenn die Zeugen und andere mitwirkenden Personen den Testirer nicht persönlich kennen, dessen Identität nach Umständen im Zweifel oder unerwiesen bleiben könnte (Generalreskript vom 13. Novbr. 1788). Im vorliegenden Falle aber steht die Identität der testirenden Eheleute außer Zweifel und es ist der erhobene Einwand daher ohne Bedeutung. Zudem aber kommt in Betracht, daß die Bekanntschaft sämmtlicher Testamentszeugen mit der Person der testirenden Eheleute zugegeben ist, und daß unter diesen Zeugen der Schultheiß ihres Wohnortes sich befand. Gesetzt nun auch, der Notar habe vor Errichtung des Testamentes die testirenden Eheleute nicht persönlich gekannt, so konnte er in Folge dieses Umstandes, daß ihm die Testirer als die B.'schen Eheleute vorgestellt worden sind und der anwesende Schultheiß des Ortes Nichts hiegegen zu erinnern fand, hierauf füglich die Ueberzeugung von der Identität der erschienenen Ehegatten stützen. Hiedurch wurde ihm nicht weniger

[159] Vorarbeiten zum württ. Landrecht S. 332, 333.

[160] Vergl. oben Nummer 25.

Sicherheit und Gewißheit verschafft, als wenn er dieselben schon vorher kennen gelernt oder gemäß dem §. 18 der Notariatsordnung vom 25. Nov. 1808 die Identität auf anderem Wege ermittelt hätte. Was aber den weiteren Inhalt der Einwendung anbelangt, so ist dem Notar in keinem Gesetze zur Pflicht gemacht, daß er in der von ihm aufzunehmenden Urkunde seine Bekanntschaft mit jener Identität ausdrücklich bezeuge, und ebensowenig, daß er den Grund seiner Kenntniß angebe, und kann also die Rechtsbeständigkeit des Testamentes nicht hievon abhängen. [161]

Entscheidung des Obertribunals vom 27. Juni 1870 in der Berufungssache B. c. M.

43) Mündliches Privattestament nach der vierten Landrechtsform; Eintrag in ein fortlaufendes Protokollbuch.

Ein Testament war nach der vierten landrechtlichen Form vor einem Rathschreiber und fünf Zeugen errichtet worden; dasselbe wurde unter Anderem deßhalb angefochten, weil der Rathschreiber das Testament nicht in sein Protokollbuch, das er zu halten verpflichtet sei, eingetragen habe. Hierüber ist in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen gesagt:

Das Testament in Frage ist nach der vierten landrechtlichen Form vor einem geschworenen Schreiber, dem Rathsschreiber D. von O., und fünf Zeugen errichtet. Diese von einem geschworenen Schreiber aufgenommene und von ihm und den fünf Zeugen unterschriebene Urkunde gibt einen vollen Beweis über Alles, was darin bezeugt ist, [162] wobei der Umstand, daß der Rathsschreiber nicht mit seinem Amtssiegel, sondern mit seinem Privatpettschaft siegelte, bedeutungslos erscheint. Die Vorschrift des Landrechtes, Thl. I, Tit. 6, §. 88, wonach die Stadt- und Amts-

---

[161] Dieses Archiv Bd. X, S. 201.

[162] Sarwey, Monatschrift, Bd. III, S. 206.

schreiber über die in Schriften verfaßten Verordnungen der letzten Willen ihre Protokollbücher halten sollen, wenn sie je auf Gerichts- und Rathsschreiber bezogen werden könnte, ist eine rein reglementäre, welche die Beweiskraft einer nach der vierten landrechtlichen Testamentsform ausgestellten Testamentsurkunde nicht berührt. In Betreff der den immatrikulirten Notaren in der Verordnung vom 20. Oktober 1808, §. 26, gegebenen Vorschrift, fortlaufende Protokolle über alle Amtshandlungen zu führen, eine Vorschrift, welche übrigens auf Gerichts- und Rathsschreiber keine Anwendung finden kann, ist in dem Art. 50 des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 bestimmt, daß die von den immatrikulirten Notaren, sowie die von den Gerichts- und Amtsnotaren in gesetzlicher Form ausgestellten Urkunden giltig seien, auch wenn die Verhandlung in dem von den Notaren jener Verordnung gemäß zu führenden fortlaufenden Protokolle nicht eingetragen sei.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. Dezember 1858 in der Appellationssache H. c. H.

44) Mündliches Privattestament nach der vierten Landrechtsform mittelst Vorlesen eines schriftlichen Aufsatzes.

a) Ein mündliches Privattestament nach der vierten landrechtlichen Form kann der Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 10 gemäß in der Weise errichtet werden, daß der Testirer seinen letzten Willen dem hiezu berufenen geschworenen Schreiber oder Notar und fünf Zeugen entweder mündlich eröffnet, oder aber seinen schriftlich verzeichneten Willen vorliest oder vorlesen läßt. Geschieht das letztere, so werden zur Giltigkeit der Manifestation des Willens des Testirers weitere Förmlichkeiten, als das Verzeichnen oder Verzeichnenlassen und das Vorlesenlassen des letzten Willens vor den Testamentszeugen nicht erfordert. Namentlich wird nicht erfordert, daß der Testirer neben der Bestätigung des verlesenen Aufsatzes

den Inhalt seines letzten Willens den Zeugen noch speziell mündlich eröffne. In dieser Beziehung ist hervorzuheben, daß die in Hufnagels Mittheilungen [163] zitirten Schriftsteller [164] in den angeführten Stellen von dem ersten Falle der vierten Landrechtsform, dem Falle der mündlichen Eröffnung des letzten Willens an die Zeugen sprechen, während von denselben für den Fall der schriftlichen Verzeichnung und Verlesung die Entscheidung im entgegengesetzten Sinne, in Uebereinstimmung mit der oben ausgeführten Ansicht gegeben wird. [165]

b) Wird ein Testament nach der vierten landrechtlichen Form in der Art errichtet, daß der Testirer seinen schriftlich verzeichneten letzten Willen vor dem hiezu berufenen Notar und fünf Zeugen vorlesen läßt, so wird nicht erfordert, daß die schriftliche Verzeichnung des letzten Willens von der Hand des Testirers herrühre, sondern es kann auch ein durch die Hand eines Dritten verzeichneter Aufsatz verlesen werden. Dieß ist in der württembergischen Doktrin und Praxis anerkannt. [166]

c) Das Landrecht enthält bezüglich der vierten Testamentsform keine nähere Vorschrift über die Art und Weise, wie der schriftlich verzeichnete letzte Wille vorlesen zu lassen oder auch von dem Testirer [167] zu verlesen ist. Dem Gesetze ist daher genügt, wenn der Aufsatz vor den versammelten Zeugen von dem Testirer oder in Anwesenheit des-

---

[163] Bd. II, S. 702.

[164] Consil. Tub. Vol. V, 45, Nro. 22, 24; Griesinger, Komm., Bd. V, S. 60.

[165] Cons. Tub. V, 45, Nro. 29; Griesinger, a. a. O., S. 61.

[166] Bocer, Disput. Class. III, disp. 2; Bardili, Disp. de test. nunc. §. 8; Consil. Tub. Vol. I. cons. 39, Nro. 18, 20, 21; Hoffmann, Observ. quasdam testam. (1745) pag. 38; Griesinger, Komm., Bd. V, S. 60; Reinhardt, Komm., Bd. II, S. 32; Bolley, 33 Aufsätze, S. 418; Reyscher, württ. Privatrecht, Bd. III, §. 648, Note 2.

[167] Griesinger, Komm., Bd. V, S. 61.

selben vorgelesen worden ist. Weitere Erklärungen des Testirers über den materiellen Inhalt der letztwilligen Verfügung neben dem Inhalt des verlesenen und genehmigten Aufsatzes werden von keinem der Schriftsteller über das württembergische Recht als Erforderniß der Giltigkeit eines solchen Testamentes verlangt.[168]

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Januar 1870 in der Appellationssache Th. c. S.

45) Mündliches Privattestament nach der vierten Landrechtsform; Aufzeichnung durch einen Anderen, als den Notar.

Gegen die Rechtsbeständigkeit eines nach der vierten Landrechtsform errichteten Testamentes war eingewendet worden, daß der Notar das Testament nicht selbst geschrieben, sondern einem der Zeugen diktirt habe. Dieser Einwand wurde als ein Nichtigkeitsgrund nicht anerkannt und es besagen hierüber die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Es kann dahin gestellt bleiben, ob eine dritte Person ein Testament nach der vierten Form selbstständig abfassen und niederschreiben und es am Vorlesen desselben durch den Notar genügen könnte. Im vorliegenden Falle hat der Zeuge St. das Testament nicht selbstständig abgefaßt, sondern der Notar demselben solches „in die Feder diktirt.“ Wenn das Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 11, bestimmt: „Der geschworene Schreiber oder Notar solle den mündlich angezeigten letzten Willen mit Fleiß . . lauter und richtig aufschreiben,“ so fällt das Hauptgewicht dieser Bestimmung darauf, daß durch diese Personen eine Garantie für die getreue, mit der wirklichen Erklärung übereinstimmende

---

[168] Griesinger, Komm., Bd. V, S. 60, 61; Bolley, 33 Aufsätze, S. 418; Reinhardt, Komm., Bd. II, S. 32; Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 720; Reyscher, württ. Privatrecht, §. 648.

Aufzeichnung gegeben wird. Wird aber das Testament einem dritten Schreiber vom Notar selbst diktirt und sodann von Letzterem, wie im vorliegenden Falle geschehen, vorgelesen, so ist alle Sicherheit und Bürgschaft für „die lautere, richtige Aufzeichnung" des Testamentes gegeben und nicht abzusehen, wie solche größer sein könnte, falls der Notar das Testament selbst geschrieben hätte, und wie die Giltigkeit der letzten Willensverordnung schlechthin von dem eigenhändigen Niederschreiben durch den Notar abhängen soll, während sich nicht bestreiten läßt, daß ein von dem Notar diktirtes Protokoll von ihm abgefaßt ist und der Zweck des Niederschreibens hiedurch, sowie durch das Vorlesen ebenso gut und sicher erreicht wird. Ueberhaupt folgt daraus, daß das Landrecht a. a. O. vom Aufschreiben durch den Notar spricht und an anderen Orten davon geredet wird, daß die Notare die über ihre Amtsverrichtungen zu führenden fortlaufenden Protokolle eigenhändig schreiben sollen (§. 26 der Notariatsordnung vom 25. November 1808) keineswegs, daß das betreffende Rechtsgeschäft, wenn dieß nicht geschehen ist, unter allen Umständen und ausnahmslos ungiltig sei, selbst wenn, wie hier, ein Mittel gewählt worden ist, welches das im Gesetze Genannte zu ersetzen geeignet ist. Im Landrechte, auf welches hinsichtlich der Abfassung von Testamenten die Notariatsordnung von 1808, §. 17, die Notare ausschließlich verweist, ist diese Rechtsungiltigkeit nicht ausdrücklich ausgesprochen und selbst jene allgemeinen reglementären Vorschriften der gedachten Notariatsordnung über die Abfassung der fortlaufenden Notariatsprotokolle haben ihre guten Gründe, ohne daß jede Abweichung von denselben die Ungiltigkeit des Geschäftes zur Folge haben müßte. Ueberdieß kommt die Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 15, in Betracht, welche ganz allgemein besagt, daß die Testamente wegen Unterlassung dessen, so nicht den testirenden Personen (zu vergl. Landrecht a. a. O. §. 10), sondern den Gerichten, Stadt- oder Dorfschreibern

und anderen bei Aufrichtung der letzten Willen gebrauchten Personen zu thun und zu verrichten gebührt und befohlen, nicht für unkräftig gehalten, sondern, da dieselbige allein durch so viel Gerichts- oder Rathspersonen, als bei der Form erforderlich, bewiesen werden könnten, beständig sein sollen . . . . .[169] Es kann daher auch im vorliegenden Falle der Umstand, daß der Notar das Testament nicht selbst niedergeschrieben, sondern den Zeugen und Notariatsgehilfen diktirt hat, der Rechtsbeständigkeit desselben nicht schaden,[170] zumal da, wie bereits dargethan, zwischen dem eigenhändigen Niederschreiben und dem Diktiren einer Urkunde kein Unterschied von Bedeutung besteht und also auch hier die Unterlassung sich nicht auf eine schlechthin gebotene und nothwendige Formalität bezieht.

Entscheidung des Obertribunals vom 27. Juni 1870 in der Berufungssache B. c. M.

46) Mündliches Privattestament nach der vierten Landrechtsform; Unterschrift des Testirers.

Ein nach der vierten Landrechtsform gefertigtes gemeinschaftliches Testament zweier Eheleute wurde als nichtig angefochten, weil die testirenden Ehegatten dasselbe nicht unterschrieben haben. Dieser Nichtigkeitsgrund wurde nicht als zutreffend erfunden. Denn, besagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals, das Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 11, bestimmt genau, was bezüglich der Abfassung der Testamentsurkunde bei der vierten Testamentsform zu beobachten ist, sagt aber nicht, daß solche auch von dem Testirer zu unterschreiben sei. Da das Gesetz, das hier allein maßgebende Landrecht, dieses Erforderniß nicht aufstellt, so ist man nicht berechtigt, die fragliche Unterschrift als nothwendig anzusehen, um so weniger, als es sich wohl erklären läßt, warum das Landrecht an der angeführten

---

[169] Vergl. unten Nummer 48.
[170] Vergl. dieses Archiv Bd. XII, S. 275 ff.

Stelle nicht auch von der Beisetzung dieser Unterschrift spricht, indem ein vor einem geschworenen Schreiber oder einem öffentlichen Notar und vor fünf Zeugen errichtetes Testament einem öffentlichen Instrumente, bei welchem die Unterschriften der Parteien zu jener Zeit nicht nothwendig waren, gleichkommt.[171]

Entscheidung des Obertribunals vom 27. Juni 1870 in der Berufungssache B. c. M.

47) Die Bitten des Testirers bei der vierten landrechtlichen Testamentsform.

a) Das Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 10, bestimmt bezüglich der vierten landrechtlichen Testamentsform, es habe der Testirer einen geschworenen Schreiber oder Notar und fünf Zeugen zu sich zu berufen, vor denselben seinen letzten Willen mündlich zu eröffnen, oder den bereits schriftlich verfaßten vorzulesen und darauf zu bitten „seines also eröffneten letzten Willens Zeugen zu sein und durch den geschworenen Schreiber oder Notarium in ein oder mehr Schrifft gebracht zu werden." Ob die letztere Bitte (über die Rogation vgl. oben Nr. 24) zu den wesentlichen Förmlichkeiten des Testamentes gehöre, ist eine bestrittene Frage. Verneint wird sie von Griesinger,[172] welchem Bolley[173] beizustimmen scheint, sofern er bei der Aufzählung der Erfordernisse der vierten Form jener Bitte keine Erwähnung thut. Bejaht dagegen wird sie von Reinhardt[174] und, wie es scheint, auch von Weishaar,[175] von diesem auf Grund der Bestimmung des

---

[171] Kübel in Stein's Erbrecht, 3. Aufl., §. 54, Note 1; Reyscher, württ. Privatrecht, Bd. III, §. 648.

[172] Komm., Bd. V, S. 61, vergl. mit S. 44, Note a.

[173] 33 Aufsätze, S. 418.

[174] Komm., Bd. II, S. 32; vergl. auch Kapff, Civilrechtssprüche, Bd. I, S. 163.

[175] Württ. Privatrecht, Bd. II, §. 720 und 825; ebenso Reyscher, württ. Privatrecht, Bd. III, §. 648.

Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 15: „Was also bei obgesetzten Formen der Testamenten den Testirenden für ihre Personen in Aufrichtung ihrer Testamenten zu halten verordnet, solches Alles als nothwendige und wesentliche Stück der Testamenten solle von ihnen fleißig und eigentlich in Acht genommen und gehalten werden. Denn da sie Etwas hierinnen unterlassen, soll ihr Verordnung für kein beständiges Testament gehalten werden, sondern nichtig und von Ohnwürden sein."

Das Obertribunal hat die Streitfrage bis jetzt nicht entschieden. In einer Sache wurde in den Entscheidungsgründen gesagt, wenn man auch auf den Grund der so eben angeführten Stelle des Landrechtes annehmen wollte, daß die Bitte des Testirers, es möchte der letzte Wille durch den geschworenen Schreiber oder Notar in eine Schrifft gebracht werden, zu den wesentlichen Förmlichkeiten gehöre, so müsse es jedenfalls genügen, wenn der Testirer entweder mit Worten oder in ganz unzweideutigen Handlungen die Bitte kund gebe. Außerdem wurde bemerkt, daß es in einem Falle, wo den Zeugen das schon zuvor niedergeschriebene Testament verlesen werde, lächerlich wäre, zu verlangen, daß die Bitte, es möchte der letzte Wille durch den Aktuar in eine Schrift gebracht werden, von dem Testirer vor den versammelten Zeugen ausgesprochen werden müsse, da das, um was er hienach bitten solle, bereits geschehen sei.

Entscheidung des Obertribunals vom 29./31. August 1843 in der Appellationssache Sch. c. L.

b) In einer anderen Sache wurde das Gesuch der Testirerin, den letzten Willen in eine Schrift zu bringen, als in den Handlungen der Testirerin liegend betrachtet. Es wurde gesagt, dasselbe liege schon in dem vor Notar und Zeugen ausgesprochenen Vorhaben, ein Testament zu errichten, da im gemeinen Leben mit dem Begriffe eines Testamentes ein Aufsatz verbunden werde; sie liege weiter darin, daß Notar und Zeugen zu der Verhandlung er-

beten worden seien, diese aber insbesondere auch in dem Niederschreiben der Willenserklärung zu bestehen habe. Es komme hiezu, daß die Testirerin auf Vorlesen des Aufsatzes erklärt habe: „es ist so recht niedergeschrieben," woraus zu vermuthen, daß das Niederschreiben ihrem Willen gemäß erfolgt sei. Endlich habe einer der Testamentszeugen die Aeußerung der Testirerin bezeugt, sie wolle ihren letzten Willen niedersetzen, was das Aufschreibenlassen desselben bezeichne.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Sept. 1845 in der Appellationssache Sch. c. K.

In dem Vortrage des Referenten wurde übrigens hiezu bemerkt, es könnte sich fragen, ob das Gesuch eines Testirers, seinen letzten Willen niederzuschreiben, auch dann als wesentlich erscheine, wenn er sehe, daß auch ohne sein Verlangen eine Schrift darüber aufgenommen werde. Von einem gleichwohl hierauf gerichteten Gesuche könne er sich ja keinen weiteren Erfolg versprechen. Es scheine die Unterlassung der dießfälligen Bitte des Testirers nur dann die Nichtigkeit des Testamentes herbeiführen zu können, wenn das Aufschreiben desselben unterblieben sei, in welchem Falle der Testirer sich die Folge seines Versäumnisses selbst zuzuschreiben habe. Davon, daß das fragliche Gesuch als ein Kriterium der Ernstlichkeit des Willens des Testirers anzusehen sei, enthalte das Gesetz keine Andeutung und somit komme man auf die Frage zurück, wozu um Etwas bitten, was schon ohne diese Bitte geschieht?

c) Ganz in derselben Weise wurde auch in einer weiteren Sache die Frage, ob die Bitte des Testirers, daß sein letzter Wille durch den geschworenen Schreiber oder Notar „in ein oder mehr Schrifft" gebracht werde, zu den wesentlichen Testamentsförmlichkeiten gehöre, dahin gestellt gelassen, da es, wenn man die Frage auch bejahen wollte, jedenfalls genügen müßte, wenn der Testirer mit Worten oder in unzweideutigen Handlungen jene Bitte kundgebe, mögen diese der Eröffnung seines letzten Willens voran-

gehen oder nachfolgen. Daß der Testirer die Bitte in solcher Weise kundgegeben, wurde angenommen. Denn, sagen die Entscheidungsgründe, 1. liegt die Bitte schon in dem vor dem Rathschreiber und den Zeugen ausgesprochenen Vorhaben, ein Testament zu errichten, da im gemeinen Leben mit dem Begriffe eines Testamentes ein Aufsatz verbunden wird. 2. Der Rathschreiber und die Zeugen wurden zur Verhandlung erbeten und diese bestand insbesondere auch in dem Niederschreiben der Willenserklärung. 3. Der Rathschreiber hat bezeugt, daß er von Joh. H. berufen worden sei, wie dieser gesagt, im Auftrag des Testirers, um dessen letzten Willen, welchen derselbe jetzt kund geben wolle, zu Protokoll zu nehmen. 4. Zeuge F. deponirte, nachdem der Testirer seinen letzten Willen deutlich erklärt gehabt, habe Zeuge ihn noch gefragt, ob es jetzt der Rathschreiber zu Protokoll nehmen solle, worauf er gewinkt und „ja" erklärt habe. 5. Nach der Testamentsurkunde wurde das niedergeschriebene Testament deutlich vorgelesen und von dem Testirer dasselbe seinem ganzen Inhalt nach bestätigt, und nach den übereinstimmenden Aussagen des Rathschreibers und der Zeugen wurde das Testament von Ersterem vorgelesen und von dem Testirer die hierauf an ihn gestellte Frage, ob es so recht sei, bejaht, wodurch er wieder auf die unzweideutigste Weise zu erkennen gegeben hat, daß es sein Wille und Wunsch war, daß sein letzter Wille in eine Schrift gebracht werde.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. Dezbr. 1858 in der Appellationssache H. c. H.

48) Testamentserrichtung; Verletzung der nicht dem Testirer obliegenden Förmlichkeiten. [176]

a) Bei der Errichtung und Uebergabe eines schriftlichen Testamentes nach der dritten landrechtlichen Form

[176] Dieses Archiv, Bd. XII, S. 276, 280 ff.; Tafel, Civilrechtssprüche, Bd. IV, S. 192 f.; Hufnagel, Mitth., Bd. I, S. 165.

sollen die anwesenden Gerichts- und Rathsverwandten dasselbe und „wie die Sache vor ihnen gegangen" vor Gericht bringen und soll das Testament daselbst verwahrt werden (Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 8). Unterlassen jedoch die Gerichts- oder Rathsverwandten die Ueberbringung des ihnen übergebenen Testamentes vor das Gericht, so ist dieß nach dem klaren Ausspruche des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 15 und §. 9, ohne Einfluß auf den Rechtsbestand des Testamentes, indem gemäß dem §. 15 alle den Gerichtspersonen zur Last fallenden Versäumnisse der Giltigkeit des Testamentes keinen Eintrag thun, und im §. 9 speziell bestimmt ist, daß, wenn der Testirer, nachdem er nach der dritten Form seinen letzten Willen errichtet hat, stirbt, ehe das von ihm mündlich eröffnete oder schriftlich übergebene Testament von den anwesenden Gerichtsmitgliedern vor Gericht gebracht, eingeschrieben und verwahrt worden sei, sein letzter Wille gleichwohl für kräftig gehalten werden solle.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Febr. 1860 in der Appellationssache K. c. L.

b) In einer anderen Sache wurde gesagt: die Weglassung des Siegels des Gerichtsschreibers oder Notares im Falle der vierten landrechtlichen Testamentsform (das Siegel war nicht der Solennisationsurkunde beigedrückt, sondern diente dem Umschlag des Testamentes als Verschluß) ist ein Mangel, welcher nicht dem Testirer, sondern dem Gerichtsschreiber oder Notar zur Last fallen würde und aus diesem Grunde nach der ausdrücklichen Vorschrift des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 15, der Giltigkeit des letzten Willens keinen Eintrag thun könnte.

Entscheidung des Obertribunals vom 25. Jan. 1860 in der Appellationssache P. c. W.

c) Ein nach der dritten Form des Landrechtes vor einer gemeinderäthlichen Deputation errichtetes Testament war bei dem Schultheißenamt aufbewahrt worden und der

Zweifel entstanden, ob hiedurch der landrechtlichen Vorschrift der Verwahrung bei Gericht genügt sei. Hierüber wurde in oberstrichterlichen Entscheidungsgründen bemerkt, daß, wenn jene Aufbewahrung auch nicht mit der Aufbewahrung unter den gemeinderäthlichen Akten gleichbedeutend zu nehmen wäre, dieses nach der Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 15, der Giltigkeit des Testamentes nicht schaden könnte.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Septbr. 1868 in der Appellationssache O. c. H.

d) In einem Falle, in welchem die Beobachtung der Vorschrift des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 8, wonach die bei der Testamentserrichtung anwesenden Raths- und Gerichtsverwandten das Testament vor Gericht bringen sollen, zweifelhaft war, wurde in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen gesagt: „Ist jenes auch nicht geschehen, so kann dieß nach einer bekannten Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 15, wonach Verfehlungen der Personen, welche zu Errichtung von letzten Willen gebraucht werden, namentlich Verfehlungen bezüglich „des Einschreibens" der letzten Willen diese nicht nichtig machen, der Giltigkeit der letztwilligen Verfügung nicht schaden, weil diese Unterlassung nicht in einer Unterlassung des Testirers, sondern des Gerichtes bestand. Zudem kommt in Betracht, daß die Testirerin noch an demselben Tage der Testamentserrichtung gestorben ist und daher gemäß einer anderen Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 9, die letztwillige Verfügung derselben doch bei Kraft bleibt, da die Erblasserin starb, ehe der vor der Deputation erklärte letzte Wille vor Gericht gebracht und eine Gerichtsversammlung gehalten werden konnte.

Entscheidung des Obertribunals vom 29. Dezember 1869 in der Appellationssache M. c. P.

e) Die Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 15, lautet allgemein, und wenn auch zuvor nur von

der Befragung der testirenden Personen, sowie dem gerichtlichen Fürbringen und Einschreiben der letzten Willen in der angeführten Stelle die Rede ist, so ist der darauf folgende Satz: „die Testamente sollen wegen Unterlassung dessen, so nicht den testirenden Personen, sondern den Gerichten, Stadt- oder Dorfschreibern und anderen bei Aufrichtung der letzten Willen gebrauchten Personen zu thun und zu verrichten gebührt und befohlen, nicht für unkräftig gehalten, sondern, da dieselbige allein durch so viel Gerichts- oder Rathspersonen, als bei der Form erforderlich, bewiesen werden könnten, beständig sein" allgemein gefaßt, auch anderer Seits nicht abzusehen, warum die Unterlassung der Befragung des Testirers über seinen freien ungezwungenen Willen das Testament nicht ungiltig machen, wohl aber z. B. die Unterlassung der Aufforderung der Zeugen, der Handlung eingedenk zu sein (Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 11), oder die Nichtbeobachtung einer gleich minder wichtigen Vorschrift die Ungiltigkeit der letzten Willensverfügung nach sich ziehen soll. Es kann daher auch der Umstand, daß der Notar das nach der vierten Form des Landrechtes gefertigte Testament nicht selbst niedergeschrieben, sondern dem Zeugen und Notariatsgehilfen diktirt hat, der Rechtsbeständigkeit desselben nichts schaden.[177]

Entscheidung des Obertribunals vom 27. Juni 1870 in der Berufungssache B. c. M.

f) Das Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 14, bestimmt, daß, wenn zwei Ehegatten oder auch sonst zwei oder mehrere Personen ein Testament gemeinschaftlich errichten, „die Notarii, Stadtschreiber und Zeugen (da Jemand in Schriften testiren würde) ihr Unterschreiben und Besiegelung auf alle testirende Personen ausdruckenlich stellen sollen."

---

[177] Dieses Archiv, Bd. XII, S. 275 f., wo eine frühere Entscheidung des Obertribunals mitgetheilt ist.

Griesinger [178], bezieht diese Vorschrift nur auf schriftliche Testamente, während Weishaar, [179] Reinhardt [180] und Zeitter [181] sie auf alle in Schriften gebrachte letzte Willensverordnungen zu beziehen scheinen, Reyscher [182] und Kübel [183] aber die gedachte Vorschrift unter den besonderen Förmlichkeiten der gemeinschaftlichen Testamente gar nicht aufführen. Gegen ein nach der vierten Landrechtsform von zwei Ehegatten errichtetes gemeinschaftliches Testament war nun eingewendet worden, daß der Notar und die Zeugen ihre Unterschriften nicht, wie in dem Landrecht a. a. O. vorgeschrieben, ausdrücklich auf alle testirenden Personen gestellt haben. Hiegegen wurde bemerkt, wenn auch ein derartiger Beisatz bei den Unterschriften von Notar und Zeugen als vorgeschrieben zu betrachten sein sollte, so wäre die Unterlassung des Beisatzes eine Verfehlung des Notares, welche nach §. 15, Thl. III, Tit. 3 des Landrechtes dem Testamente seine Giltigkeit nicht entziehen könnte.

Entscheidung des Obertribunals vom 27. Juni 1870 in der Berufungssache B. c. M.

49) Gemeinschaftliches wechselseitiges Testament; Abgabe der Willenserklärung in Einem Akte.

Ein nach der vierten Landrechtsform von zwei Ehegatten errichtetes gemeinschaftliches wechselseitiges Testament, in welchem jeder Ehegatte den anderen zum Erben und daneben mehrere weitere Erben eingesetzt hatte, wurde als nichtig angefochten, weil die testirenden Eheleute ihre letzten Willenserklärungen abwechselnd nach einander, nicht in Einem Akte und nicht über ihr gemeinschaftliches Vermögen als ein ideelles Ganzes abgegeben haben. Dieser

[178] Kommentar, Bd. V, S. 83, 85 f.

[179] Württ. Privatrecht, Bd. II, §. 722.

[180] Kommentar, Bd. II, S. 36, 37.

[181] Freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. I, S. 203, §. 311.

[182] Württ. Privatrecht, Bd. III, §. 687.

[183] Stein's Erbrecht, 3. Ausg., §. 64.

Nichtigkeitsgrund wurde nicht für zutreffend erachtet und es besagen hierüber die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Was man ein gemeinschaftliches und wechselseitiges Testament heißt, ist nicht Ein Testament, sondern eine Verbindung von Testamenten mehrerer Personen in demselben Testamentsakte. Inwieweit solche auf dem deutschen Rechte und der Praxis beruhende gemeinschaftliche und wechselseitige Testamente, die auch in korrespektive Testamente übergehen können, vom gemeinrechtlichen Standpunkte aus giltig seien, und unter welchen Voraussetzungen, hierüber und insbesondere über die Frage, inwieweit sie sich mit den Prinzipien des römischen Rechtes vereinbaren lassen, bestehen verschiedene, von einander sehr abweichende Meinungen. Vom Standpunkte dieser Prinzipien aus wird namentlich geltend gemacht, bei solchen Testamenten fehle es an der Einheit des Errichtungsaktes, weil dieser bezüglich des einen Testirers durch die vor den Unterschriften „dazwischen tretende Willenserklärung des anderen Testirers unterbrochen werde. Die Einheit dieser Handlung wäre nur dann gewahrt, wenn eine juristische Vereinigung der beiden Vermögen vorhanden wäre u. s. w. [184] Allein auf diesen gemeinrechtlichen Standpunkt kommt es für Württemberg nicht an, da das maßgebende württembergische Landrecht genaue Bestimmungen über solche gemeinschaftliche Testamente enthält.

Das Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 14, gestattet den Eheleuten, sowie anderen mehreren Personen „in Einem Akte oder in Einer Schrift" zu testiren, „doch sollen solche Personen, die mit einander testiren wollen, die Zeugen insonderheit oder sämmtlich ersuchen, in welchem Falle auch die Notarii, Stadtschreiber und Zeugen ihr

---

[184] Zu vergl. z. B. **Puchta**, Pand., §. 481; Vorlesungen zu §. 481; **Windscheid**, Pand., Bd. III, §. 586, bes. Note 2; **Arndts**, Pand., §. 500; **Keller**, Pand., §. 505.

Unterschreiben und Besiegelung auf alle testirende Personen austruckenlich stellen sollen." Sodann ist im Tit. 7 des Thl. III des Landrechtes, welcher von den wechselseitigen Testamenten, insbesondere der Eheleute handelt, im §. 4 von Testamenten die Rede, „welche von den Eheleuten sämmtlich in Einem Libell oder Schrift verfertigt, darin je Eines von dem Anderen auf den Fall seines Vorabsterbens zum Erben seiner ganzen Verlassenschaft oder allein eines Theiles derselben eingesetzt worden." (Zu vergl. auch ebendas. §. 1).

Hieraus ergibt sich, daß, wie von der Doktrin und Praxis stets angenommen worden ist, solche gemeinschaftliche und wechselseitige Testamente nach unserem partikularen Rechte unzweifelhaft zulässig sind, daß nicht blos Ehegatten, sondern alle anderen Personen solche errichten dürfen (Landrecht, Thl. III, Tit. 7, §. 5) und daß die Ehegatten in einem derartigen Testamente nicht blos sich, sondern auch dritte Personen zu Erben einsetzen können.

Der oben erwähnte §. 14, Thl. III, Tit. 3 des Landrechtes sagt sodann in seinem Eingange ausdrücklich, „was zuvor von testamentlichen Verordnungen gesagt worden, soll auch von solchen gemeinschaftlichen Testamenten gemeint sein." Wenn aber solche Testamente überhaupt zulässig sind, so versteht es sich von selbst, daß die beiden Eheleute ihre letztwilligen Erklärungen abwechselnd nacheinander abgeben dürfen und völlig unbegreiflich bleibt, wie dieß in Einem Akte sollte geschehen können. Der §. 6, Thl. III, Tit. 3 des Landrechtes schreibt sogar selbst vor, daß Jedes abgesondert in Abwesenheit des Anderen zu befragen sei, „ob es aus freiem Willen zu solchem Testiren gekommen sei." Bei derartigen Testamenten der vierten Form besteht die formelle Verbindung lediglich darin, daß die verschiedenen letztwilligen Verordnungen der mehreren Personen in Ein Testament, „in Eine Schrift" aufgenommen nnd nur eben so viel Zeugen, wie bei einem gewöhnlichen Testamente, übrigens von jedem Testirer be-

sonders zu berufen sind, und daß die Zeugen für alle Testirer Zeugen sein müssen. In allen anderen Beziehungen sind die für gewöhnliche Testamente geltenden Vorschriften anzuwenden. Der Einwand, das vorliegende Testament sei ungiltig, „weil die testirenden Eheleute ihre Willenserklärungen abwechselnd nacheinander, nicht in Einem Akte abgegeben haben, ist daher ungerechtfertigt, weil dieß, da das Landrecht solche Testamente gestattet, geschehen konnte, ja unvermeidlich war. Wollte aber geltend gemacht werden, hiedurch sei die Einheit der Testirhandlung unterbrochen worden, so würde dieß zu viel, nämlich die Unstatthaftigkeit solcher Testamente überhaupt beweisen, [185] die jedoch, wie erwähnt, von dem württembergischen Rechte wie von der gemeinen Praxis anerkannt und zugelassen sind.

Ebenso ungegründet ist die Einwendung, das in Rede stehende Testament sei ungiltig, weil die testirenden Ehegatten nicht über ihr gemeinsames Vermögen als ein ideelles Ganzes testirt haben. Es braucht nicht erörtert zu werden, in welchem Sinne in der Doktrin [186] vom gemeinrechtlichen Standpunkte aus in ähnlicher Weise hievon die Rede ist, denn das württembergische Landrecht läßt in dieser Beziehung keinen Zweifel übrig. Nachdem im Landrechte, Thl. III, Tit. 7, §. 2 und 3, auseinander gesetzt ist, was das Vermögen eines jeden Ehegatten ausmache und als dessen Nachlaß anzusehen sei, nämlich das Beibringen, die Hälfte der Errungenschaft während der Ehe, das während der Ehe Ererbte u. s. w., und daß hierüber jeder Ehegatte letztwillig verfügen dürfe, spricht der darauffolgende §. 4 von den gemeinschaftlichen Testamenten der Eheleute, „darin je eines von dem anderen auf den Fall seines Vorabsterbens zum Erben seiner ganzen Verlassenschaft oder allein eines Theiles derselben eingesetzt werde." Das Vermögen der Ehegatten ist nach württembergischem

---

[185] Unger, österr. Privatrecht, Bd. VI, §. 21, N. 2, S. 93.

[186] Z. B. Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XII, S. 211.

Rechte weit entfernt „ein ideelles Ganzes" zu bilden, und das Landrecht gestattet gleichwohl jedem Gatten, über seine Verlassenschaft in einem gemeinschaftlichen oder wechselseitigen Testamente zu verfügen, womit sattsam erwiesen ist, daß das beiderseitige Vermögen der Ehegatten keineswegs in jenem „ideellen" Zusammenhang zu stehen braucht.

Entscheidung des Obertribunals vom 27. Juni 1870 in der Berufungssache B. c. M.

50) Schriftliches Testament der Eltern unter den Kindern; Zeit-Datum der Errichtung.[187]

Es kann dahin gestellt bleiben, ob, worüber die Rechtslehrer nicht einig sind, nach römischem Rechte der Testirer verbunden sei, in einem privilegirten schriftlichen Testamente der Eltern unter Kindern die Zeit der Testamentserrichtung schon zu Anfang des Testamentes beizusetzen, da jedenfalls das württembergische Landrecht eine Vorschrift darüber nicht enthält, an welcher Stelle des Testamentes das Datum der Errichtung angegeben werden muß, sondern Thl. III, Tit. 5, §. 4, nur vorschreibt, daß „das Jahr, Monat und Tag fürgangener schriftlicher Testirung vermeldt werden soll." Will man daher auch auf den Umstand kein besonderes Gewicht legen, daß die oben erwähnte landrechtliche Vorschrift erst am Schluße des Paragraphen nach Aufzählung anderer Erfordernisse, z. B. der Benennung der Erben, der Vermeidung von Ziffern in den Hauptpunkten sich vorfindet, so ist doch immerhin so viel gewiß, daß der württembergische Gesetzgeber die Beifügung des Datum am Schlusse des Testamentes nicht untersagt hat, und daß in Ermangelung einer dießfälligen positiven Vorschrift einem privilegirten Testamente nicht aus dem Grunde die Giltigkeit abgesprochen werden kann,

---

[187] Vergl. dieses Archiv, Bd. XII, S. 276 f.

weil die Zeit der Testamentserrichtung nicht schon im Eingang angegeben wurde.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. Nov. 1850 in der Appellationssache S. c. S.

51) Schriftliches Testament der Eltern unter den Kindern; Benennung der Kinder. [188]

Zu einem schriftlichen Testamente der Eltern und Kinder wird nach der Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 5, §. 5, erfordert, daß das Testament die Namen der Kinder mit Worten enthalte. In einem schriftlichen Elterntestamente waren nun zwar eine Tochter und die Tochter eines verstorbenen Sohnes mit Namen genannt, dagegen waren die hinterlassenen Kinder eines weiteren Sohnes nicht mit ihren Vornamen benannt, sondern es waren dieselben nur als die hinterlassenen sechs Kinder des mit Namen genannten Sohnes bezeichnet. Hierin, wurde behauptet, liege eine Verletzung obiger Formvorschrift und es wurde das Testament aus diesem Grunde als nichtig angefochten. Das Obertribunal war jedoch anderer Ansicht und es besagen hierüber die Entscheidungsgründe: Wenn es sich auch nicht bezweifeln läßt, daß das Landrecht, indem es von dem privilegirten Testamente der Eltern unter Kindern spricht, unter dem Ausdruck „Kinder" auch die Deszendenten entfernterer Grade begreift, so folgt doch aus der landrechtlichen Vorschrift, daß in einem solchen Testamente alle Kinder mit ihren Namen genannt werden sollen, noch nicht mit Nothwendigkeit, daß alle zu Erben eingesetzte Enkel auch in dem Falle mit ihren Vornamen genannt werden müssen, wenn das diese Enkel vermittelnde Kind im Testament mit Namen genannt ist, über die Personen der Erben also keinerlei Zweifel entstehen können, der unzweifelhafte Zweck des Gesetzes somit voll-

---

[188] Vergl. auch Boscher, Zeitschrift für freiw. Gerichtsbarkeit, Jahrg. 1865, S. 274.

ständig erreicht wurde. Wollte man jener landrechtlichen Vorschrift wegen Nennung der Kinder (und Enkel) mit ihren Namen unbedingt die Ausdehnung geben, daß immer die zu Erben eingesetzten Enkel auch mit ihrem Vornamen genannt werden müssen, so würde sich die auffallende Folge ergeben, daß auch die ihrem zur Zeit der Testamentserrichtung noch am Leben befindlichen Vater (oder Mutter) nachgesetzten, und nun wirklich auf das Vorabsterben dieses ihres nächsten Aszendenten zur Erbschaft berufenen Enkel mit Namen genannt werden müßten, eine Folge, welche in Beziehung auf die nach der Testamentserrichtung erst noch zur Welt kommenden Kinder in der Ausführung als unmöglich sich darstellen würde.

Erwägt man nun im vorliegenden Falle, daß der Testirer seinen verstorbenen Sohn, den Vater der zu Erben eingesetzten sechs Enkel, mit seinem Namen genannt hat, und daß er diese sechs Enkel, ohne Vorzug des Einen vor dem Anderen nur in denjenigen Stammtheil zu Erben eingesetzt hat, welcher nach dem Familienstand zur Zeit der Testamentserrichtung dem gedachten Sohne selbst zugefallen wäre, daß somit über die Personen der Erben, über den ihnen zugedachten Erbtheil, sowie über die dießfällige Absicht des Testirers überall kein Zweifel entstehen kann, so muß die vorangeführte Bezeichnung der sechs Enkel als den Anforderungen des Gesetzes entsprechend erachtet werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. November 1850 in der Appellationssache G. c. G.

52) Schriftliches Testament der Eltern unter Kindern; Unterzeichnung.[189]

Das Landrecht, Thl. III, Tit. 5, §. 4, bestimmt bezüglich des schriftlichen Elterntestamentes, daß die Eltern das Te-

[189] Vergl. auch Boscher, Zeitschr. für freiw. Gerichtsbarkeit, Jahrg. 1865, S. 263 f.

stament entweder selbst zu schreiben, oder durch einen Anderen schreiben zu lassen, und mit eigener Hand zu unterzeichnen haben; „doch nicht mit bloßer Verzeichnus des Namens, sondern mit angehenckter außtruckenlicher Vermeldung, was in solcher vorgesetzten Schrifft begriffen, daß solches ihr letzter Wille seye.“ In einem schriftlichen Elterntestamente, welches von der Hand eines Dritten geschrieben war, befand sich nun zwar unter dem Texte die Unterschrift der Testirerin, aber ohne den vorgeschriebenen Beisatz. Nur der versiegelte Umschlag des Testamentes trug die Aufschrift: „Mein letzter Wille“ und unter dieser Aufschrift befand sich die nochmalige Unterschrift der Testirerin. Das Testament wurde daher als nichtig angefochten und von den Gerichten auch als nichtig erkannt. Die Entscheidungsgründe des Obertribunals besagen hierüber Folgendes:

Nach dem gemeinen Sprachgebrauche versteht man unter dem Unterschreiben einer Urkunde die Unterzeichnung des Namens unter dem Texte derselben. Auch besagen die Worte des Landrechtes, Thl. III, Tit. 5, §. 4, daß der Testirer unter dem Texte des Testamentes sich unterschreiben müsse. Es wird jedoch geltend gemacht, daß das Landrecht darüber keine Bestimmung gebe, wo der Beisatz: „daß solches des Testirers letzter Wille sei,“ gemacht werden müsse; daß daher als Anhang der Unterschrift anzusehen sei, was unter Wiederholung der Namensunterschrift von dem Testirer eigenhändig auf den mit seinem Pettschaft versiegelten Umschlag des Testamentes geschrieben werde. Ist aber die „Verzeichnung des Namens“ auf dem Umschlag des Testamentes nicht als eine Unterschrift des Testirers anzusehen, so kann auch nicht gesagt werden, daß jener Beisatz, wenn er der Verzeichnung des Namens auf dem Umschlag beigefügt ist, der Unterschrift angehängt sei. Daß das Landrecht nur die Unterschrift in dem Testamente selbst, unter dem Texte desselben, vor Augen habe, ergibt sich unzweifelhaft aus den Worten:

„mit angehenckter außdruckenlicher Vermeldung, was in solcher vorgesetzten Schrift begriffen, daß solches ihr letzter Wille sei." Denn das Wort „solcher" kann nur auf das nachfolgende Wort „Schrift," also auf das Testament selbst bezogen werden. Wäre es je zulässig, es auf ein vorangehendes Wort zu beziehen, so könnte es nach den Regeln der Grammatik in keinem Falle auf die „Verzeichnuß des Namens," sondern nur auf die unmittelbar vorhergehende angehängte ausdrückliche Vermeldung bezogen werden, was wieder nur dafür spräche, daß der Beisatz bei der Unterschrift im Testamente selbst gemacht werden müsse, weil die der Vermeldung vorgesetzte Schrift keine andere, als das Testament selbst sein könnte. Uebrigens geht auch aus der weiteren Bestimmung des Landrechtes in demselben Titel, §. 13: die Eltern sollen die schriftliche Theilung unter ihren Kindern entweder selbst mit eigener Hand schreiben, „oder doch zum wenigsten neben ihren Namen, daß sie solche Theilung unter ihren Kindern gemacht, und auf's Papier vorverzeichneter massen bringen lassen, unterschreiben" hervor, daß es unter den Worten: „mit angehenckter ausdruckenlicher Vermeldung" nur einen Beisatz zu der Unterschrift in dem Testamente selbst verlangt. Denn unzweifelhaft ist in jener Stelle nur eine Unterschrift unter dem Theilungsinstrumente selbst gemeint, und es wird nur mit etwas anderen Worten Das wiederholt, was von dem privilegirten Testamente der Eltern unter Kindern in demselben Titel angeordnet ist.

Muß hiernach angenommen werden, daß das Landrecht Namensunterschrift und Beisatz, die sogenannte subscriptio specialis unter dem Testamente selbst verlangt, so könnte es nicht darauf ankommen, wenn das römische Recht auch eine Unterschrift auf dem Umschlage des Testamentes für hinreichend erklären sollte. Es wird behauptet, das römische Recht, aus welchem das privilegirte Testament der Eltern unter Kindern entnommen sei, bestimme im Allgemeinen, also für alle Arten von Testamenten, daß die

Besiegelung und Unterzeichnung des Testamentes ebenso gut auf dem Umschlage als unter dem Kontexte desselben geschehen dürfe, und berufen sich hiefür zunächst auf die l. 22, §. 7, D. qui testamenta facere (28, 1), welche in einem Pandektentitel stehe, der allgemeine Regeln für die Errichtung aller Testamente aufstelle und ausspreche, daß Testamente auch auf dem Umschlage giltig besiegelt und unterschrieben werden können. Allein diese Gesetzesstelle ist aus Ulpiani lib. I. ad Edictum ausgezogen; zur Zeit dieses Schriftstellers aber gab es außer dem Militärtestamente keine andere Art von privilegirten Testamenten, welche, und zwar namentlich das privilegirte Testament der Eltern unter Kindern, erst später durch die Konstitutionen der Kaiser eingeführt wurden. [190]

Die l. 22 alleg., welche nach ihrem klaren Inhalte nur die Solennitäten eines feierlichen Testamentes zum Gegenstande hat, kann sich daher unmöglich auf das privilegirte Testament unter Kindern beziehen; wie denn auch die Rechtslehrer auf dieses Gesetz nur dafür sich berufen, daß bei dem feierlichen schriftlichen Testamente die Zeugen auf der Außenseite oder dem Umschlag desselben sich unterzeichnen und ihre Siegel aufdrücken können. [191]

Die cst. 21 pr. Cod. de testamentis (6, 23), auf welche sich ebenfalls berufen wird, handelt in diesem Ein-

---

[190] Stryck, Tract. de cautelis testam. cap. 10, §. 1; Lauterbach, colleg. Pand. ad lib. 29, tit. 1, §. 24; Westphal, von Testamenten, §. 814; Hofaker, princ. tom. II, §. 1383, not. c; Mühlenbruch, doctr., 2. ed., Tom. III, §. 696; Thibaut, Lehrbuch der Geschichte und Institutionen des röm. Rechtes, S. 290.

[191] Glossa ad l. 22, §. 7, cit; Stryck, l. c. cap. 15, §. 36, Conss. Tubing. vol. VIII, c. 48, N. 19; Lauterbach, l. c. ad lib. 28, tit. 1, §. 70; Westphal, a. a. O., S. 151, 152, §. 210, 214; Thibaut, Pand., 6. Aufl., Bd. II, S. 693; Glück, Komm., Bd. XXXIV, §. 1415b S. 438, 461, 462; Mühlenbruch, Pand., §. 660, Nr. 13.

gange auch wieder nur von dem feierlichen schriftlichen Testamente vor sieben Zeugen. Was aber bei diesem Testamente als der Form entsprechend von dem Gesetze erklärt wird, das kann ebendeßhalb, weil es blos die Form betrifft, nicht auf das privilegirte Testament der Eltern unter Kindern angewendet werden.

Sollte daher auch, wie einzelne Rechtslehrer annehmen, die cst. 21 pr. Cod. alleg. es gestatten, daß, wie dies in Beziehung auf die Zeugen unzweifelhaft der Fall ist, der Testirer auch blos auf dem Umschlage des Testamentes in Gegenwart der Zeugen sich unterzeichne, so würde eine Anwendung dieser gesetzlichen Vorschrift auf das Testament der Eltern unter Kindern um so weniger erlaubt sein, als bei jenem eine Garantie für die Identität des den Zeugen vorgelegten Testamentes mit dem nachher in dem Umschlage aufgefundenen vorhanden ist, welche bei dem letzteren abgeht. Denn bei einem Testamente, dessen Umschlag von den 7 Zeugen mit ihren Siegeln versiegelt worden, ist die größtmögliche Sicherheit für die Identität des den Zeugen vorgelegten und nachher in dem Umschlage aufgefundenen Testamentes vorhanden. Bei einem Testamente aber, bei welchem eine solche Versiegelung nicht geschehen ist, fehlt es an dieser Gewißheit durchaus, denn aus einem offenen Umschlag könnte ja jeden Augenblick entweder der Testirer oder ein Anderer das den Zeugen vorgelegte Testament herausnehmen und ein anderes dafür hineinlegen.[192] Insbesondere ist es in dem Falle, wenn ein Parens sein nicht von ihm selbst geschriebenes Testament unter Kindern nur auf dem mit diesem nicht zusammenhängenden Umschlage mit seinem Namen unterschreibt, und den Umschlag auch mit seinem Pettschaft zusiegelt, einem Familienangehörigen, welchem Testament und Pett-

---

[192] cf. **Stryck** l. c. cap. 15, §. 36, p. 537; Cons. Tubing. vol. VIII c. 48, Nr. 19; **Savigny**, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, Bd. II, S. 182.

schaft des Testators zugänglich sind, nicht schwer, das Siegel auf dem Umschlag unmerklich abzulösen und ein unächtes Testament an die Stelle des ächten einzuschieben, sodann aber den Umschlag mit dem ächten Pettschaft wieder zu verschließen, während eine derartige Unterschiebung bei einem, namentlich mit der subscriptio specialis unter dem Kontexte versehenen Testamente viel mehr Schwierigkeit hat.

Die meisten Rechtslehrer sind indessen der Ansicht zugethan, daß die Unterschrift des Testirers auf dem Testamente selbst vollzogen werden müsse, indem sie theils einfach sagen, daß der Erblasser das Testament selbst schreiben, oder mit seinem Namen als das seinige unterschreiben müsse und es als etwas Besonderes herausheben, daß die Zeugen auf der Außenseite oder dem Umschlage des verschlossenen Testamentes unterschreiben und siegeln können, [193] theils die Unterschrift des Testirers ausdrücklich unter dem Testamente selbst verlangen. [194]

---

[193] Bocer, disput. cl. III, disp. II, de testamenti solennitate, §. 28, 40, 65; Lauterbach, l. c. lib. 28, tit. 1, §. 69, 70 und 71; Westphal, a. a. O., §. 209 und 210, S. 150, 151; Hofaker, princ. Tom. II, §. 1265; Thibaut, a. a. O, §. 693; Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civil-Rechtes, Bd. III, §. 447, S. 226; Bolley, 33 Aufsätze über Testamente, Note I, S. 14.

[194] Stryck, l. c., cap. 15, §. 5, 7 in Vergleichung mit cap. 10, §. 20; G. L. Boehmer, electa jur. civ. exercit. I de testamento subscripto et signato in involucro, §. 23, p. 69; Günther, princ. jur. rom. tom. II, §. 722; Savigny, a. a. O., Bd. II, Kap. 12, S. 182—186; Schweppe, röm. Privatrecht, 3. Aufl., §. 816, S. 685; Spangenberg, Beitrag zu der Lehre von Testamenten im civil. Archiv, Bd. V, Nr. 5, S. 144—176; Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. maximil. bavar. civ., Thl. III, cap. 3, §. 7, S. 285, 286; die Notariatsordnung vom J. 1512, §. 7, enthält eine wörtliche Uebersetzung der cst. 21, Cod. cit.; im §. 9 derselben aber wird bei dem Testamente eines Blinden verordnet, daß Notar und Zeugen sich „im End oder untersten spatio des Instrumentes unterschreiben." Vergl. J. M. Stark, Erläuterungen zu der Notariatsordnung vom J. 1512 in der Note zu §. 7.

Wäre es schon hienach unzulässig, die cst. 21 Cod. citata zur Erklärung der landrechtlichen Stelle herbeizuziehen, so kann es jedenfalls keinem Zweifel unterliegen, daß das Landrecht der Ansicht derjenigen Rechtslehrer folgte, welche die Unterschrift des Testirers auf dem Testamente selbst für nothwendig hielten. Die landrechtliche Stelle ist nämlich wörtlich aus der Relation des Dr. Eisengrein, Bl. 57, aufgenommen worden. Dieser wollte die Grundsätze gesetzlich feststellen, welche nach dem gemeinen Rechte und der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten über das Testament der Eltern unter Kindern gelten, und beruft sich für die von ihm vorgeschlagenen Sätze auf die Glosse ad l. 15, §. 2, D. de lege cornelia de falsis (48, 10) und auf mehrere Schriftsteller, unter welchen Natta, ad authent. quod sine C. de testamentis und Gaill, observ. lib. II, 112, aufgeführt sind, wo überall von dem Unterschreiben der Testamentsurkunde gesprochen wird; womit auch die Ansicht des Professors Heinrich Bocer in Tübingen in der schon angeführten Schrift übereinstimmt, was darum von besonderem Interesse ist, weil derselbe ein Mitglied der für die Bearbeitung des Landrechtes niedergesetzten Bebenhäuser Kommission war. [195] Selbst Glück [196] beruft sich auf die l. 15, §. 2, D. (48, 10) alleg. dafür, daß es bei den Römern aller Wahrscheinlichkeit nach gebräuchlich gewesen sei, daß die Testatoren das Testament selbst unterschrieben haben, und Stryck [197] sagt unter Berufung auf Natta: „adeo ut ne quidem sufficiat, si in dorso testamenti pater scripsisset: hoc est testamentum meum."

Ist diesem nach die für ein privilegirtes Testament der Eltern unter Kindern in dem Landrechte vorgeschriebene Form in dem vorliegenden Testamente

---

[195] Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. I, §. 17.

[196] a. a. O. S. 276.

[197] l. c. X, §. 20.

nicht beachtet worden, so muß dieses nach Landrecht Thl. III, Tit. 20, §. 8 und Tit. 3, §. 15, als ungiltig erklärt werden. Zwar ist die landrechtliche Vorschrift hauptsächlich des Beweises der Aechtheit des Testamentes und Sicherstellung gegen Betrug wegen gegeben, aber aus den Worten „und mögen dießfalls die aufgedruckte Pettschaft oder angehenckte Sigillen den Mangel ohngenugsamen Unterschreibens nicht ersetzen," ergibt sich, daß das Gesetz die spezielle Unterschrift zugleich als eine Solennität, als eine wesentliche Form vorschreibt,[198] und es ist gesetzliche Regel, daß einer solchen Form von einem Testator nicht andere Formen, sollten sie an sich auch die gleiche Sicherheit gegen Betrug, wie die gesetzlich vorgeschriebene, gewähren, substituirt werden dürfen, außer es wäre in der im konkreten Falle angewandten die gesetzlich vorgeschriebene enthalten, wie z. B. wenn der Testator mehr als die gesetzliche Zahl von Zeugen bei Solennisirung seines Testamentes zugezogen hätte.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Dezember 1846 in der Appellationssache H. c. K.

53) Mündliches Testament der Eltern unter den Kindern.

Zu einem mündlichen Elterntestamente ist nach dem Landrechte, Thl. III, Tit. 5, §. 2 und 3 Weiteres nicht nöthig, als daß die Eltern vor zwei Zeugen ihren letzten Willen ihrer Kinder halben mündlich eröffnen „mit Anzeig, wie und was gestalt sie ihre Kinder zu Erben eingesetzt, und wie sie es sonsten ihrer hinterlaßenen Güter halben zwischen ihren Kindern gehalten haben wollen," und zwar

---

[198] Annotationes ad jus provinc. Wurttemb. ad partem III, Nr. 26: verbis „quandolex, uti hoc in casu jus Württemb. pro forma requirit subscriptionem specialem." Plebst, Diss. ad jus. prov., p. III, Tit. 5, §. 51; Hochstetter, Einleitung in das Landrecht, S. 398; Griesinger, Komm., Bd. V, S. 119, §. 39; Weishaar, Handbuch, Thl. 2, §. 805.

dergestalt, daß dabei vermeldet werde, daß dieß ihr letzter Wille sei, und mit solchen Worten, daß daraus eine Erbeinsetzung aller Kinder erkannt werden möge. Diesem Erfordernisse der mündlichen Eröffnung des letzten Willens an die zwei Zeugen kann auch durch Vorlesung eines schriftlichen Aufsatzes genügt werden. Das Obertribunal hat sich dießfalls in einem Spezialfalle folgendermaßen ausgesprochen:

Die zu dem Testamentsakte berufenen zwei Zeugen haben in der aufgenommenen Urkunde bezeugt, daß die Testirerin ihren letzten Willen selbst gegen sie ausgesprochen und den darüber gefertigten, voranstehenden Aufsatz, nachdem er ihr zuvor vorgelesen worden war, wiederholt für ihren wahren und richtig niedergeschriebenen letzten Willen erklärt habe. Wollte man nun auch annehmen, daß das hier zunächst erwähnte Aussprechen des letzten Willens gegen die Zeugen möglicherweise diesen nur in allgemeinen Umrissen ausgedrückt habe (obwohl die umständliche Eröffnung desselben an der Hand des Aufsatzes oder eines Entwurfes gar nichts Unnatürliches wäre), so ist doch darin, daß die Testirerin, nachdem ihr der über ihren letzten Willen gefertigte Aufsatz in Gegenwart der Zeugen vorgelesen worden war, denselben wiederholt als ihren letzten Willen erklärte, in Verbindung mit seiner anfänglichen freien mündlichen Mittheilung an die Zeugen eine zu Eröffnung eines mündlichen Testamentes vollständig genügende Eröffnung des letzten Willens an die Zeugen zu erblicken. Denn diese Eröffnung kann keineswegs blos durch einen freien Vortrag von Seiten des Testirers, sondern nach der hier analog anwendbaren Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 10, (vom ordentlichen mündlichen Privattestamente des württembergischen Rechtes) auch dadurch geschehen, daß der Testirer seinen schriftlich verzeichneten letzten Willen entweder selbst vorliest oder auch nur durch einen Anderen vorlesen

läßt.[199] Gerade letzteres trifft hier zu, denn Vorlesung und Bekräftigung des Aufsatzes vor den als Zeugen berufenen Personen muß nach der vorangegangenen Eröffnung von Seiten der Testirerin als von dieser gerade zu dem Zwecke gewollt und geschehen angesehen worden, um die Identität des in die schriftliche Form Gebrachten *mit* dem zuvor mündlich Eröffneten und hiemit zugleich ihren letzten Willen in seiner vollständigen Fixirung den Zeugen zum Bewußtsein zu bringen. Jene Eröffnung, Vorlesung und mündliche Bekräftigung, deren es ja bei einem schriftlichen Testamente nicht bedurft hätte, brachten somit allerdings den Zeugen gegenüber den bereits endgiltig festgestellten letzten Willen der Testirerin zum Ausdruck. Ein derartiger Akt ist wesentlich verschieden von dem blosen Vorlesen eines etwa nur dem Testamentsverfasser eröffneten und von diesem aufgezeichneten letzten Willens vor den nachher hinzugetretenen Zeugen (Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 11), was nach Umständen zu Herstellung eines mündlichen Testamentes nicht genügen mag.[200] Allerdings ist auch beim mündlichen Testamente die Abfassung einer Urkunde über den Inhalt der letztwilligen Disposition des besseren Beweises halber theils vorgeschrieben, (Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 11), theils allgemein üblich. Allein unzweifelhaft kann hiezu auch die Bezugnahme auf einen bereits gefertigten Aufsatz dienen.[201]

Entscheidung des Obertribunals vom 1. März 1865 in der Appellationssache St. c. St.[202]

---

[199] Griesinger, Komm., Bd. V, S. 61; Reyscher, württ. Privatrecht, Bd. III, §. 648, Note 2; Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 720, Note 6; Reinhardt, L. R. Komm., Bd. II, S. 32; Lauterbach, Coll. th. pr. ad Lib. 28, tit. 1, §. 37.

[200] Griesinger, Komm., Bd. V, S. 60; Hufnagel, Mittheil., Bd. II, S. 702.

[201] Reyscher, a. a. O., §. 648, Note 5; Weishaar, a. a. O., §. 720, Nr. 6.

[202] Vergl. Boscher, Zeitschrift für freiw. Gerichtsbarkeit, Jahrg. 1865, S. 272 ff., wo auch die Entscheidungsgründe des Gerichtshofes mitgetheilt sind.

54) Testament zu Gunsten eines Adoptivkindes bei Nichtigkeit der Adoption.

Die B.'schen Eheleute hatten beabsichtigt, den Stiefsohn der B.'schen Ehefrau zu adoptiren, und hatten, als die Genehmigung des Adoptivvertrages auf Anstände gestoßen war, ein Testament errichtet, in welchem die B.'sche Ehefrau bestimmte, daß es bei dem Adoptivvertrage sein Verbleiben haben solle, und weiter auf Grund dessen verordnete, daß ihr Adoptivsohn gleich einem rechtmäßigen, aus der Ehe erzeugten Kinde ihr Erbe sein und bleiben solle. Diese testamentarische Verfügung wurde nach dem Tode der B.'schen Ehefrau auf Grund der cst. 7 Cod. de hered. instit. (6, 24),[203] angefochten, wonach bestimmt sei, daß, wenn eine Adoption ungesetzlich sei, auch die ihr anklebende Erbeinsetzung keine Wirkung habe. Dieses sei in vorliegendem Falle entscheidend, weil hier eine nichtige Adoption vorhanden und mit ihr die Erbeinsetzung verwoben sei. In den Entscheidungsgründen des Obertribunals wurde hiegegen bemerkt:

In Württemberg finden über Adoption noch heutzutage dieselben Grundsätze statt, wie bei den Römern; wie früher, gehöre noch jetzt zur Giltigkeit der Adoption die obrigkeitliche oder landesherrliche Mitwirkung, und wenn früher die adoptio per testamentum die Wirkung der Erbeinsetzung gehabt habe,[204] sei kein Grund vorhanden, ihr diese Wirkung jetzt abzusprechen. Schon aus diesem Grunde wäre das angeführte Gesetz für den vorliegenden Fall nicht entscheidend, vielmehr wäre ein velut adoptatus filius institutus heres zur Erbschaft zuzulassen, wenn gleich ein velut adoptatus frater institutus heres von

[203] „Nec apud peregrinos fratrem (sibi) quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit: portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui (tibi) Praeses provinciae curae habebit."

[204] Glück, Komm., Bd. II, S. 341.

der Erbschaft ausgeschlossen werden müßte. Es komme jedoch weiter hinzu, daß, wenn von einem Erben gesagt werde, er sei velut adoptatus als Erbe ernannt worden, hiebei nothwendig vorausgesetzt werde, daß die Erbeinsetzung auf der Adoption als ihrem Grunde beruhe, daß der Testirer somit die Adoption als wirksam betrachtet habe, da sie ihm nur unter dieser Voraussetzung ein Grund zur Erbeinsetzung habe sein können, daß er also, wenn die Adoption wirkungslos gewesen, hierüber im Irrthum sich befunden hätte. Demnach sei in der cst. 7 Cod. cit. nichts Anderes ausgesprochen, als die überhaupt in den Gesetzen gegründete Regel, daß eine auf einer falsa causa beruhende Erbeinsetzung ohne Wirkung sei.[205] Daß im vorliegenden Falle die Adoption den Grund der Erbeinsetzung des Stiefsohnes der B.'schen Ehefrau gebildet, sei aber nicht anzunehmen . . . . Wollte man jedoch in der cst. 7 Cod. cit. den Ausspruch finden, daß die Erbeinsetzung mit der hiebei vorausgesetzten ungiltigen Adoption, ohne Rücksicht darauf, ob der Testirer die Ungiltigkeit gekannt habe oder nicht, oder ob die Erbeinsetzung wirklich als Folge der Adoption erscheine oder nicht, falle, so wäre diese Bestimmung den sonst geltenden Rechtsgrundsätzen, wonach der Wille des Erblassers gelte, wenn er dem Gesetze nicht zuwider sei und nicht auf einem Irrthum beruhe; und ferner, daß, wenn der Wille theilweise unausführbar sei, derselbe wenigstens in den hiemit nicht wesentlich zusammenhängenden Beziehungen aufrecht erhalten werde, so sehr entgegen, daß eine Ausdehnung des Gesetzes nicht stattfinden dürfte, sondern dasselbe lediglich von der dem Gesetzgeber undenkbaren Adoption an Bruders statt, und nicht von dem Falle einer Adoption an Kindes statt verstanden werden müßte.

Entscheidung des Obertribunals vom 3. März 1849 in der Appellationssache B. c. v. St.

---

[205] Vergl. oben Nr. 22.

55) Testament zu Gunsten des zweiten Ehegatten bei dem Vorhandensein von Kindern erster Ehe.

In einem Testamente sind die Kinder erster Ehe des Testirers für den (nachher eingetretenen) Fall, daß sie die zu Gunsten ihrer Stiefmutter, der zweiten Ehefrau des Testirers, getroffene testamentarische Bestimmung — wonach dieser das gesammte Anwesen des Testirers nebst Fahrniß um den in dem Testamente festgesetzten Anschlag von 12,000 fl. überlassen werden solle — nicht erfüllen und Einsprache dagegen erheben sollten, zu Gunsten der Kinder zweiter Ehe auf den Pflichttheil eingesetzt worden. Diese Bestimmung wurde von den Kindern erster Ehe als nichtig angefochten und es wurde dieselbe auch in allen Instanzen als nichtig erkannt. Die Entscheidungsgründe des Obertribunals besagen hierüber:

Nach der Bestimmung des Generalreskriptes vom 20. Juli 1683 kann einem zweiten Ehegatten nicht mehr hinterlassen werden, als ihm ohne Testament den Gesetzen gemäß zu Theil wird. Dieß würde aber unbestrittenermaßen der Fall sein, wenn der zweiten Ehefrau des Testirers das gesammte Anwesen um den Anschlag von 12,000 fl. überlassen würde. Es steht daher die Ungiltigkeit der hierauf gerichteten Verfügung außer Zweifel.

Eine nothwendige Folge hievon ist die Ungiltigkeit der eventuellen Einsetzung des Klägers auf den Pflichttheil. Zwar ist es nach den Bestimmungen des bereits erwähnten Generalreskriptes den in zweiter Ehe lebenden Eltern unverwehrt, sowohl ihren Kindern aus letzter, als denen aus erster Ehe einen Voraus, nur ohne Abbruch des den anderen Kindern schuldigen Pflichttheiles, zu verschaffen, sofern nicht erwiesen werden kann, daß der verstorbene Gatte diesen Voraus nicht sowohl seinen Kindern, als vielmehr zur Umgehung des Gesetzes zum Besten des zweiten Ehe=

gatten ausgemacht hätte, und dieser Fall liegt hier nicht vor, da die hinterlassene Wittwe durch eine ausdrückliche Bestimmung des Testamentes von der Nutznießung des ihren Kindern verschafften Vorauses ausgeschlossen ist. Allein der Giltigkeit der Einsetzung der Kinder erster Ehe auf den Pflichttheil steht entgegen, daß solche nur eventuell zur Strafe der Kläger für den Fall, daß sie die obenerwähnte, zu Gunsten ihrer Stiefmutter getroffene, gesetzlich unzulässige Verfügung nicht anerkennen würden, angedroht worden ist. Eine solche zur Strafe des Erben getroffene Verfügung ist aber nichtig, wenn durch sie die Erfüllung einer nach den Gesetzen der Natur unmöglichen, oder durch ausdrückliche Gesetze verbotenen oder sittlich verwerflichen Bedingung bezweckt werden soll — cst. un. Cod. de his quae poenae nomine (6, 41); §. 36 J. de legatis (2, 20). Dieß trifft hier zu, denn der nächste Zweck der Pflichttheilseinsetzung ist unzweifelhaft, die zu Gunsten der hinterlassenen Wittwe getroffene Verfügung aufrecht zu erhalten; diese Verfügung aber ist eine gesetzlich verbotene und eben damit die auf deren Nichterfüllung gesetzte Strafe ungiltig und nichtig.

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Dezember 1852 in der Appellationssache E. c. E.

56) Formloser Widerruf eines Testamentes durch Handlungen.[1]

a) Wenn gleich das Landrecht, Thl. III, Tit. 20, §. 2, für die Widerrufung eines Testamentes, welche in Worten besteht, eine gewisse Form vorschreibt, so ist es doch anerkannt, daß ein Testament symbolisch durch Handlungen des Testirers ohne Beobachtung von Förmlichkeiten aufgehoben werden könne; wie denn auch gemeinrechtlich auf diese symbolische Widerrufung die bekannte Justinianische Ver-

---

[1] **Vergl. dieses Archiv, Bd. XIII, S. 176, wo eine Entscheidung des Obertribunals vom 12. Sept. 1869 mitgetheilt ist.**

ordnung, nach welcher ein Testament vor dem Ablauf von zehn Jahren nicht widerrufen werden kann, nicht anwendbar ist.

Schon gemeinrechtlich wird von vielen Rechtsgelehrten behauptet, daß ein Testament, welches verschlossen war, durch die vom Testator geschehene Eröffnung desselben als aufgehoben anzusehen sei. Und selbst von solchen Rechtsgelehrten, welche dies widersprechen, wird nichts weiter behauptet, als daß man in der Regel bei einer solchen Eröffnung eine ganz andere Absicht des Testators, als die Aufhebung des Testamentes annehmen müsse. Zugestanden wird also wenigstens das, daß ausnahmsweise nach den besonderen Umständen und Verhältnissen eine solche Eröffnung wohl als eine das Testament vernichtende Kanzellation erscheinen könne.[206] Was aber das württembergische Landrecht betrifft, so ist nach demselben nicht blos ein schriftliches, sondern auch ein mündliches in eine Skriptur redigirtes Testament als kassirt oder widerrufen zu betrachten, wenn vom Testator „der Zeugen, des Notars oder sein eigen angehängt oder aufgedruckt Sigill oder Pettschaft herabgerissen oder geschnitten werde." Grammatisch können diese Worte ohne Zwang auch von der Verletzung der äußeren Sigille verstanden werden. Ja die Beziehung des Wortes „aufgedruckt" (nicht beigedrückt) auf die äußerlich (d. h. auf die Rückseite oder auf den Umschlag) aufgedruckten Sigille hat neben dem Sprachgebrauche auch das für sich, daß nur solche dem in den römischen Gesetzen vorgeschriebenen „Signare" entspricht, unter welchem Worte man nach dem Justinianeischen Rechtsbuche nicht ein „Untersiegeln," sondern ein „Zusiegeln" zu verstehen hat.[207] Will man aber auch jene Worte des

---

[206] Vergl. Harpprecht, Diss. de resign. supr. vol. (I, 46), §. 33—38.

[207] Vergl. Spangenberg, Beitrag zu der Lehre von Testamenten im civil. Archiv, Bd. V, S. 152 ff.

Landrechtes, Thl. III, Tit. 20, §. 3, mit Weishaar[208] von den der Skriptur selbst innerlich beigefügten Sigillen verstehen und etwa das Wort „angehängt" auf die frühere Sitte, wornach die Sigille in besondere Kapseln eingeschlossen wurden, das Wort „aufgedrückt" aber auf die jetzige Art der Beidrückung der Sigille beziehen, so bleibt immer das sehr beachtungswerth, daß nicht blos das schriftliche, sondern auch das in eine neue Skriptur redigirte mündliche Testament durch alle angeführte Handlungen kassirt werden soll, obgleich ein mündliches Testament auch ohne alle Skriptur bestehen kann, und das Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 11, S. 336, bei dem in eine Skriptur redigirten mündlichen Testament nur die Beidrückung des Sigilles des Aktuars, nicht aber der Sigille der Zeugen und noch weniger desjenigen des Testators selbst erfordert, ja dieses letztere Erforderniß nicht einmal bei schriftlichen Testamenten eintritt.

Hieraus ergibt es sich klar, daß das Moment von der Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 20, §. 3, nicht darauf zu legen ist, daß die Integrität solcher Bestandtheile des Testamentes, welche als die Giltigkeit desselben bedingende Förmlichkeiten zu betrachten seien, verletzt worden, daß mithin jedenfalls der von Weishaar a. a. O. angeführte Grund seiner Erklärung des Landrechtes, weil die auf den Umschlag gedruckten Sigille nicht zur Form des Testamentes gehören, als unrichtig sich darstellt. Denn allerdings gehören zwar bei uns die auf den Umschlag gedrückten Sigille nicht zur Form des Testamentes. Aber wie man auch die Disposition des Landrechtes erklären mag, so kann solche nach dem bereits Angeführten in keinem Falle auf die Verletzung solcher Sigille, welche wesentlich zur Form der Testamente gehören und die Giltigkeit derselben bedingen, beschränkt werden. Das Landrecht legt vielmehr, wie es sich sehr bestimmt

---

[208] Württ. Privatrecht, §. 780.

ausdrückt, das ganze Gewicht darauf, daß in den bezeichneten Handlungen unverkennbare Beweise des veränderten Willens des Testators, d. h. seiner Absicht, daß das Testament widerrufen und kassirt sein soll, liegen. Hiedurch rechtfertigt sich die von Griesinger[209] angenommene Erklärung, daß ein Testament auch noch durch andere konkludente Handlungen, als die im Landrechte namentlich bezeichneten kassirt und widerrufen werden könne. Dieß läßt sich auch schon deßwegen nicht bezweifeln, weil anerkanntermaßen ein Testament nicht blos dadurch seine Giltigkeit verliert, wenn es vom Testator selbst kanzellirt wird, sondern auch, wenn dies auf dessen Auftrag von einem Dritten geschieht, ohne daß in diesem Falle für den Beweis des geschehenen Auftrags besondere Formen erfordert würden.[210]

Entscheidung des Obertribunals vom 28. Mai 1827 in der Appellationssache L. c. Sch.

b) Nach dem Landrechte, Thl. III, Tit. 20, §. 2 und 3, kann der Widerruf einer letzten Willensverordnung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Für die erstere Art von Widerruf ist vorgeschrieben, daß er vor Gericht oder vor vier Zeugen geschehen müsse, wogegen das Gesetz als Fälle des stillschweigenden Widerrufes verschiedenen Handlungen des Testirers aufgezählt hat. Es kann jedoch nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber nur denjenigen Handlungen, welche er als Fälle eines durch die That erklärten Widerrufes namentlich anführt, ausschließlich die Kraft eines solchen habe beilegen wollen, vielmehr war es unzweifelhaft die Absicht des Gesetzes, überhaupt denjenigen Handlungen des Testirers, welche unverkennbare Beweise des veränderten Willens desselben enthalten, den gleichen Werth wie einem ausdrücklichen Widerrufe beizulegen, und

[209] Kommentar, Bd. VI, S. 474.

[210] Vergl. Lauterbach, Diss. de cancellatione, cap. 4, §. 30, (Vol. I, Diss 17); Weishaar, a. a. O., §. 780.

es sind daher, wie auch aus den Worten „und sonsten verletzt oder ausgetilget Testament — Landrecht a. a. O., §. 3, — sich ergibt, die daselbst speziell genannten Handlungen nur als Beispiele solcher unzweideutigen Handlungen des Testirers anzusehen, welche für einen Widerruf gehalten werden sollen, ohne damit andere nicht namentlich aufgeführte Handlungen, welche die Absicht des Widerrufes unzweideutig ausdrücken, auszuschließen. [211]

Entscheidung des Obertribunals vom 27. Juni 1846 in der Appellationssache W. c. K.

c) Da ein schriftliches Privattestament nicht blos bei Gericht, sondern auch an einem beliebigen anderen Orte, insbesondere bei dem Testirer selbst verwahrt werden kann, so wird die Giltigkeit eines solchen Testamentes nicht schon durch die erfolgte Zurückforderung aus der gerichtlichen Verwahrung aufgehoben. [212] Zwar hat, ist in den Entscheidungsgründen eines Spezialfalles gesagt, die Testirerin als Grund der Zurückforderung angegeben, daß sie sich entschlossen habe, dieses Testament abzuändern. Allein die Kundgebung dieses Entschlusses enthält noch nicht einen Widerruf des Testamentes, insofern dasselbe als ein Privattestament zu betrachten ist, und in Ermangelung eines ausdrücklichen oder aus konkludenten Handlungen ersichtlichen Widerrufes bleibt ein giltig errichtetes Privattestament bis zur Errichtung eines späteren Testamentes in Kraft. Die Erklärung des Entschlusses, ein anderes Testament zu errichten, reicht allein nicht hin, um das früher errichtete Testament ungiltig zu machen.

Entscheidung des Obertribunals vom 25. Januar 1860 in der Appellationssache P. c. W.

---

[211] Vergl. Griesinger, Kommentar, Bd. VI, S. 474.

[212] Auch die Zurücknahme eines schriftlichen gerichtlichen Testamentes aus der gerichtlichen Verwahrung bewirkt für sich noch nicht die Aufhebung des Testamentes; dieses Archiv, Bd. XIII, S. 176 ff.

57) Kann ein von zwei Ehegatten errichtetes wechselseitiges Testament von dem einen Ehegatten einseitig abgeändert oder widerrufen werden? [213]

a) In den Erörterungen von **Bülow** und **Hagemann**, Bd. IV, Nro. 29, wird der Satz aufgestellt, daß die gegenseitige Erbeinsetzung zweier Ehegatten in einem gemeinschaftlich errichteten Testamente als ein wahrer Erbvertrag zu betrachten sei, welcher von keinem der beiden Ehegatten einseitig widerrufen oder abgeändert werden könne. [214] Von dem hier vorausgesetzten Falle, ist in Entscheidungsgründen des Obertribunals gesagt, ist jedoch der Fall sehr verschieden, wenn in einem von Eheleuten gemeinschaftlich errichteten Testamente bestimmt ist, daß dem überlebenden Ehegatten der freie lebenslängliche Genuß des gesammten Vermögens zustehen und nach dessen Absterben das noch vorhandene Vermögen zur Hälfte unter die Blutsverwandten des einen Ehegatten und zur Hälfte unter die Blutsverwandten des anderen Ehegatten vertheilt werden soll. In diesem Falle mag ein Erbvertrag zwischen den Eheleuten insoweit bestehen, daß keinem Ehegatten gestattet ist, an den Bestimmungen des gemeinschaftlich errichteten Testamentes zum Nachtheile des anderen Ehegatten oder auch zum Nachtheile der Blutsverwandten des anderen Ehegatten einseitig Etwas zu ändern. Aber gewiß wäre es der gewöhnlichen Denkart und Handlungsweise der Menschen nicht entsprechend, wenn angenommen würde, daß ein Ehegatte die gleiche Liebe zu den Verwandten des

---

[213] Vergl. **Seuffert**, Archiv, Bd. I, Nro. 93, 94; Bd. II, Nro. 72, 204; Bd. IV, Nro. 64; Bd. VI, Nro. 221; Bd. VII, Nro. 200, 334; Bd. IX, Nro. 180; Bd. X, Nro. 184; Bd. XI, Nro. 57; Bd. XV, Nro. 140; Bd. XVI, Nro. 123; Bd. XX, Nro. 232.

[214] Vergl. **Seuffert**, Archiv, Bd. VI, Nro. 221; Bd. IX, Nro. 180; Bd. XI, Nro. 57; Bd. XVI, Nro. 123.

anderen Ehegatten, wie zu seinen Verwandten habe, und daß es die Absicht eines jeden der testirenden Eheleute gewesen sei, dem anderen Ehegatten durch einen Vertrag die Hände so zu binden, daß derselbe nicht einmal hinsichtlich seiner Verwandten in dem, was das gemeinschaftliche Testament zu ihrem Vortheile bestimmt, einseitig eine Aenderung vorzunehmen befugt sein solle. Die Verwandten beider Ehegatten sind ja nicht selbst Paziszenten und es kann ihnen daher eine Klage aus dem Vertrage nur dann zukommen, wenn angenommen wird, daß Derjenige, welcher den Vertrag schloß, ein Interesse bei dessen Erfüllung habe. Dieß trifft aber nur insoweit zu, als jeder Ehegatte zum Besten seiner Verwandten den anderen Ehegatten verpflichten will, daß, wenn er zuerst mit Tod abgeht, seinen Verwandten nichts von Dem, was ihnen in dem gemeinschaftlichen Testamente zugedacht ist, von dem überlebenden Ehegatten durch eine neue Disposition entzogen werde. Keiner der Ehegatten will hingegen sich selbst seinen eigenen Verwandten verbindlich machen, und keiner hat ein Interesse dabei, den anderen hinsichtlich seiner Verwandten in der freien Disposition über sein Vermögen zu beschränken. Dieß liegt in der Natur der Sache und ist im Zweifelsfalle immer anzunehmen, wenn schon sich nicht bezweifeln läßt, daß auch das Gegentheil festgesetzt werden könne. Blos daraus aber, daß in einem von Eheleuten gemeinschaftlich errichteten Testamente bestimmt wird, es solle nach dem Tode des überlebenden Ehegatten das noch vorhandene Vermögen unter die beiderseitigen Blutsverwandten je zur Hälfte vertheilt werden, kann man nicht den Schluß ziehen, daß jeder Ehegatte für die Verwandten des anderen Ehegatten auf gleiche Weise, wie für seine eigenen Verwandten, habe sorgen und den überlebenden Ehegatten in der freien Disposition über denjenigen Theil des noch vorhandenen Vermögens, welcher nach Abfertigung der Verwandten des zuerst gestorbenen Ehegatten übrig

bleibt, auch hinsichtlich seiner Verwandten habe beschränken wollen.

Wenn daher auch gleichzeitige gegenseitige Dispositionen über künftige Erbfolge in einem und demselben Aufsatze unter jeder Form für wahre Erbverträge zu halten sein würden, so könnte daraus auch vom Standpunkte des gemeinen deutschen Rechtes nicht gefolgert werden, daß der überlebende Ehegatte in der freien Disposition über das Vermögen auch hinsichtlich seiner Verwandten beschränkt werden solle. Entscheidend ist aber jedenfalls die Bestimmung des württembergischen Landrechtes, Thl. III, Tit. 7, §. 4. Wenn hienach in einem von Eheleuten gemeinschaftlich errichteten Testamente eines der Eheleute das andere auf den Fall seines Vorabsterbens zum Erben seiner ganzen Verlassenschaft oder eines Theiles derselben einsetzt, so ist ein einseitiger Widerruf dieses Testamentes bei Lebzeiten des anderen Ehegatten nicht ausgeschlossen, sondern der Widerrufende soll nur den anderen Gatten in der Regel von dem einseitigen Widerruf, wenn solcher zum Nachtheil und Schaden des anderen Gatten gereicht, benachrichtigen. Diese Benachrichtigung ist jedoch, obschon der einseitige Widerruf zum Nachtheil des anderen Gatten gereicht, nicht nöthig, wenn das Testament erzwungen oder ein gesetzlicher Grund zur Enterbung des anderen Gatten vorhanden ist. Und selbst alsdann, wenn das Testament nicht erzwungen, auch keine gesetzliche Enterbungsursache vorhanden ist, wird der Widerruf, welcher ohne Benachrichtigung des anderen Gatten und zu dessen Nachtheil geschah, nicht ungiltig, sondern die Folge des Widerrufes besteht darin, „daß das widerrufende Ehegemächt Alles, was ihm in solcher gesammten Disposition über den schuldigen Pflichttheil verschafft gewesen, zu Strafe verwirkt haben soll.“ [215]

---

[215] Bolley, 33 Aufsätze, S. 433 ff.

Allerdings handelt das Landrecht in dieser Stelle nur von dem Falle, wenn ein Ehegatte das Testament bei Lebzeiten des anderen Ehegatten widerruft. Da aber das Gesetz blos davon spricht, was Rechtens sein soll, wenn ein von Eheleuten gemeinschaftlich errichtetes Testament, in welchem jeder Ehegatte den anderen Ehegatten zum Erben einsetzt, von dem einen widerrufen wird, so konnte natürlich nur von einem Widerrufe bei Lebzeiten des anderen, nicht von einem Widerrufe nach dem Tode des anderen die Rede sein, weil der letzte Wille des Gestorbenen durch seinen Tod unwiderruflich wird, und der Ueberlebende, wie er nun auch über sein Vermögen verfügen mag, nichts zum Nachtheil des Gestorbenen thun kann. Immer geht jedoch aus der Bestimmung unseres Landrechtes, welches den Widerruf eines von Eheleuten errichteten gegenseitigen Testamentes zuläßt, hervor, daß ein solches Testament von dem Gesetzgeber nicht als ein Erbvertrag betrachtet worden sei, weil sonst durch Zulassung des einseitigen Widerrufes etwas gestattet worden wäre, was den bei Verträgen überhaupt und auch bei wahren Erbverträgen geltenden Grundsätzen widerspräche.

Ist aber nach unseren Gesetzen ein von Eheleuten gemeinschaftlich errichtetes Testament, in welchem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzen, nicht als ein Erbvertrag zu betrachten, so kann auch ein von Eheleuten gemeinschaftlich errichtetes Testament, in welchem Bestimmungen zum Besten der gegenseitigen Verwandten enthalten sind, nicht als Erbvertrag betrachtet werden; vielmehr ist der einseitige Widerruf eines solchen Testamentes jedem der beiden Ehegatten gestattet. Nur versteht es sich, daß jeder Ehegatte blos *sein* Testament widerrufen kann und nicht dasjenige des anderen Ehegatten, weil, wenn Ehegatten in einem Akte ein Testament errichten, in der That zwei Testamente vorhanden sind.

Entscheidung des Obertribunals vom 19. Dezember 1828 in der Appellationssache B. c. B.

b) Gemeinrechtlich wird zwar von verschiedenen Rechtsgelehrten die Ansicht vertheidigt, daß jedes korrespektive Testament als ein Erbvertrag zu betrachten sei. Allein die Begriffe eines Testamentes und eines Vertrages weichen so sehr von einander ab, daß es sehr bedenklich ist, die Grundsätze der letzteren Art von Rechtsgeschäften auf die erstere zu übertragen, daher kann jene Ansicht nicht für die richtige gehalten werden.[216] Jedenfalls müssen die beiden Fragen wohl von einander unterschieden werden: ob die bei einer gegenseitigen Erbeinsetzung ausdrücklich erklärte Absicht, daß sie unwiderruflich sein soll, einen Erbvertrag begründe? und ob diese Absicht vermuthet werden könne? Wenn man auch die erstere Frage bejahen wollte,[217] so würde daraus noch nicht die Bejahung der letzteren folgen; vielmehr bemerkt Eichhorn,[218] es sei durchaus kein hinreichender Grund vorhanden, selbst gegenseitige Testamente der Eheleute schlechthin als Erbverträge zu behandeln, wofern dies nicht ausdrücklich festgesetzt sei. Nur die Absicht der Kontrahenten müsse über die wahre Bedeutung aller solcher Geschäfte entscheiden. Noch entschiedender erklärt sich gegen diese Verwechslung der wechselseitigen Testamente und der Erbverträge Mittermaier.[219] Nach ihm spricht die Vermuthung für das Testament, wenn nicht die Eheleute in der Form eines Vertrages über ihr Vermögen disponirt haben. Ganz damit übereinstimmend ist, was Hasse[220] als Pflicht des Richters ausspricht,

---

[216] Cons. Tub. I, 6, Nro. 40 sequ.; I, 63, Nro. 22 sequ.; II, 90, Nro. 1 sequ.; II, 153, Nro. 17, 22 sequ.; Hofaker; Princ., §. 1364; Wernher, lect. comm. ad Pand. II, p. 512, Siebenkees, Abhandl. von dem letzten Willen, S. 192; vergl. Seuffert, Archiv, Bd. VI, Nro. 221; Bd. IX, Nro. 180; Bd. XI, Nro. 57; Bd. XVI, Nro. 123.

[217] Leyser, spec. 43, med. 6, 7; Eichhorn, deutsches Privatrecht, §. 343, Note 9.

[218] A. a. O, §. 347.

[219] Deutsches Privatrecht, 3. Ausg., §. 410, S. 748.

[220] Hasse, im rhein. Museum, Bd. II, S. 197.

einen bindenden Vertrag niemals im Zweifel, sondern nur da anzunehmen, wo sich juristische Gewißheit darüber erlangen läßt, daß Gebundenheit in der Absicht lag. In der That findet sich auch, daß Georg Ludwig Böhmer [221] immer nur solche Fälle vor Augen hat, wo entweder ein gegenseitiges Testament in Kraft eines Vertrages errichtet, oder wo die gemeinschaftlich testirenden Eheleute sich ausdrücklich verbindlich gemacht haben, daß Keines von Beiden ohne des Anderen Einwilligung von dieser Disposition abgehen, noch sie ganz oder zum Theil zurückzurufen berechtigt sein, sondern solche ebenso unabänderlich als wie ein Vertrag unter Lebendigen gehalten werden soll.

Entscheidung des Obertribunals vom 6. Juli 1829 in der Appellationssache M. c. M.

c) Es wird zwar von mehreren Rechtsgelehrten die Ansicht vertheidigt, daß jedes korrespektive Testament als ein Erbvertrag zu betrachten sei und daher einseitig von einem der Testirenden nicht wieder abgeändert werden könne. Allein diese Ansicht kann weder als die richtige, noch als die herrschende betrachtet werden. Eben so wenig läßt sich annehmen, daß ein solches gemeinschaftliches Testament zweier Eheleute, worin diese über ihr Vermögen als über eine Masse disponiren, ein nicht blos das Vermögen des zuerst sterbenden, sondern auch das Vermögen des überlebenden Gatten beschwerendes Fideikommiß enthalte, das durch die Antretung der Erbschaft von Seite des Ueberlebenden als giltig anerkannt werde. [222] Kann aber ein korrespektives Testament weder als ein Erbvertrag, noch als ein das Vermögen des Ueberlebenden affizirendes Fideikommiß betrachtet werden, so muß auch das-

---

[221] Rechtsfälle, Bd. I, 29 und 81; Bd. III, 243.

[222] Bolley, 33 Auff. über Testamente, Nro. 33, §. 24; Hasse, vom wechselseitigen Testamente im Rheinischen Museum, Bd. III, S. 490 ff.

selbe von dem Ueberlebenden, soweit es Verfügungen von ihm enthält, stets widerrufen werden können.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. März 1833 in der Appellationssache K. c. Sch. [223]

d) Ein von zwei Ehegatten errichtetes korrespektives Testament hindert den überlebenden Ehegatten nicht, über sein Vermögen einseitig noch Verfügungen zu treffen. Wenn daher auch das Testament verordnet, daß das Vermögen der testirenden Ehegatten nach des Ueberlebenden Tod ohne einige Aufrechnung und Gleichstellung zwischen den beiden Kindern in zwei gleiche Theile vertheilt werden solle, so mußte es zwar hinsichtlich des den Kindern durch den Tod des Vaters angefallenen väterlichen Vermögens bei dieser Bestimmung bleiben, weil in Beziehung auf den Vater das Testament durch dessen Tod Kraft erlangt hatte. Die Wittwe aber war an eine gleiche Vertheilung ihres Vermögens unter ihre Kinder nicht gebunden, sondern konnte hierüber sowohl unter Lebenden als von Todeswegen noch frei verfügen.

Entscheidung des Obertribunals vom 2. Dezbr. 1833 in der Appellationssache D. c. H.

e) Auch im Falle allgemeiner Gütergemeinschaft können Ehegatten über ihr Vermögen letztwillig verfügen, wenn der andere Ehegatte in die Errichtung eines Testamentes einwilligt, oder wenn Beide miteinander testiren. [224] Letzteres war in einem Falle in der Weise geschehen, daß die Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testamente verordnet hatten, daß nach ihrem beiderseitigen Tode ihr Vermögen zur Hälfte den Verwandten des Mannes, zur Hälfte den Verwandten der Frau zufallen solle. Ueber die Frage, ob

---

[223] Vergl. Tafel, Civilrechtsspr., Bd. I, S. 89, 90; Seuffert, Archiv, Bd. II, Nro. 72, S. 88.

[224] Danz, deutsches Privatrecht, Bd. VI, S. 44; Lange, von der Gemeinschaft der Güter, S. 179, 184.

und inwieweit diese Verfügung einseitig habe widerrufen werden können, sagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Eine Wirkung der allgemeinen Gütergemeinschaft ist, daß nach dem kinderlosen Tode des einen Gatten der Ueberlebende ausschließlicher Eigenthümer des ganzen gemeinschaftlichen Vermögens wird. Indem aber die Eheleute durch ein gemeinschaftliches Testament sich gegenseitig zugestanden haben, über die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens zu Gunsten ihrer Verwandten zu testiren, hat sich das Rechtsverhältniß so gestaltet, daß der überlebende Ehemann auf Vorabsterben seiner Ehefrau gleich einem Universalerben in dem ausschließlichen Besitze des ganzen gemeinschaftlichen Vermögens blieb, daß aber die Hälfte dieses Vermögens zu Gunsten der Verwandten seiner Ehefrau mit einem Fideikommiß belastet erschien. Dagegen kann von einem solchen fideikommissarischen Verhältniß bei den Verwandten des Ehemannes keine Rede sein, da anzunehmen ist, daß dessen Ehefrau nur zu Gunsten ihrer Verwandten testirte, und daher nur den letzteren aus dem Testamente ihrer Erblasserin dem Ehemann gegenüber ein fideikommissarisches Recht erwuchs, während dem Ehemanne jeder Zeit unbenommen blieb, sein Testament, worin er seine Verwandten in die Hälfte des mit seiner Ehefrau gemeinschaftlichen Vermögens zu Erben berief, zu widerrufen. Denn wollte man auch das Testament als ein korrespektives betrachten, so wäre es gewiß der gewöhnlichen Denkart und Handlungsweise der Menschen nicht entsprechend, anzunehmen, daß ein Ehegatte die gleiche Neigung zu den Verwandten des anderen Gatten, wie zu seinen Verwandten habe, und daß es die Absicht eines jeden der testirenden Gatten gewesen sei, dem anderen Gatten die Hände so zu binden, daß dieser nicht einmal hinsichtlich seiner Verwandten in dem, was das gemeinschaftliche Testament zu ihrem Vortheil bestimmt, einseitig eine Aenderung vorzunehmen befugt sein solle. Jedenfalls könnte dieser Wider-

ruf nach den Bestimmungen des Landrechtes, Thl. III, Tit. 7, §. 4, keinem Zweifel unterliegen.

Entscheidung des Obertribunals vom 7./24. Mai 1845 in der Appellationssache H. c. F.

f) In einem von zwei Eheleuten gemeinschaftlich errichteten Testamente hatten diese sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und weiter verordnet, daß dasjenige Vermögen, welches der überlebende Gatte einst noch hinterlassen werde, ohne Rücksicht, von welchem Theile dasselbe herrühre, unter ihre Verwandten in zwei gleiche Theile vertheilt werden solle. Bezüglich der Zulässigkeit eines einseitigen Widerrufes dieser Verordnung ist in Entscheidungsgründen des Obertribunals gesagt: Das gemeinschaftliche Testament enthält eine gegenseitige Erbeinsetzung der Testirer und ein auf den an den überlebenden Gatten zu Gunsten s e i n e r Verwandten gelegtes Fideikommiß. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß jeder Testirer nur s e i n e n Nachlaß und nicht das Vermögen des Anderen mit einem Fideikommiß belasten kann und will .... Sodann sind in einem von Eheleuten gemeinschaftlich errichteten Testamente zwei letzte Willensverordnungen enthalten und es ist nach dem Willen der Testirer anzunehmen, daß es Jedem unbenommen bleibe, die zu Gunsten s e i n e r Verwandten getroffenen letztwilligen Verordnungen zu ändern, weil nach der gewöhnlichen Denk- und Handlungsweise der Menschen jeder Gatte zunächst nur für seine Verwandten und nicht für die des Anderen sorgen will.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Februar 1860 in der Appellationssache R. c. B.

g) Die Gärtner W.'schen Eheleute hatten ein gemeinschaftliches Testament errichtet, worin sie sich gegenseitig zu Universalerben ihres Nachlasses ernannten, mit der Bestimmung, daß der Ueberlebende im ungetheilten Besitz des ganzen Vermögens bis an sein Lebensende verbleiben, nach dem Tode beider Eheleute aber ihre sämmtliche Verlassen-

schaft inventirt und sodann in vier gleiche Theile unter den speziell bezeichneten beiderseitigen Verwandten vertheilt werden solle. Die Ehefrau starb am 23. Mai 1849; der Ehemann trat die Erbschaft auf den Grund des gemeinschaftlichen Testamentes an und wurde als Universalerbe in den Besitz des ganzen Nachlasses eingewiesen. Am 13. Juli 1857 errichtete der Wittwer ein neues Testament, worin er, neben Aussetzung verschiedener Legate, Substitutionen und Fideikommisse hinsichtlich der in dem gemeinschaftlichen Testamente berufenen Personen anordnete. Ueber die Statthaftigkeit dieser Abänderung der Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testamentes sagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Unrichtig ist die Behauptung, daß die fragliche gemeinschaftliche Verordnung unter den Gesichtspunkt eines Erbvertrages falle.[225] Das Geschäft ist ganz in der Form eines gemeinschaftlichen Testamentes verfaßt worden. Die Eheleute werden ausdrücklich als die Testirer bezeichnet und sind zwar im Ganzen sieben Zeugen beigezogen worden, es ist aber nicht bemerkt, welche Zeugen jeder Ehegatte je für seine Person berufen habe (Landrecht, Thl. III, Tit. 8, §. 3). Auch der Inhalt des Geschäftes spricht nicht für die Uebernahme einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit. Zum Abschluß eines Vertrages wird die Ertheilung einer Zusage und die Annahme derselben in der Absicht sich zu binden erfordert. Ein solcher Akt liegt nicht schon in der Verständigung zweier Eheleute über die Errichtung und den Inhalt eines korrespektiven Testamentes, wovon auch das württembergische Landrecht, Thl. III, Tit. 7, §. 4, ausgeht, wenn es anführt, es sei in Zweifel gezogen worden, ob solche „mit beider Eheleute vereinbartem Willen beschehene mutuae vel reciprocae dispositiones, und gegen einander beiderseits gethane Erbsatzungen und Geschäfte von dem einen Ehegatten wider-

[225] Vergl. auch die Mittheilungen oben unter lit. a und b.

rufen werden mögen," und sofort anordnet, daß jedem Ehegatten sein Testament, Erbsatzung oder Geschäft in seinem Gut beschehen, zu widerrufen und aufzuheben unbenommen bleibe .....

Ein Testament, wie das vorliegende, ist vielmehr nach den von dem Obertribunal angenommenen Grundsätzen [226] in folgender Weise rechtlich aufzufassen. Das gemeinschaftliche gegenseitige Testament der Ehegatten besteht in Wirklichkeit aus zwei Testamenten, in welchen jeder Ehegatte je über seinen Nachlaß verfügt; die beiden Verordnungen verlieren durch die Verbindung, in welche sie zu einander gesetzt werden, nicht ihre Eigenschaft als Testamente, welche schon nach ihrem Begriffe, bis zum Tode ihres Urhebers widerruflich sind. In ihren Testamenten setzen sich die Ehegatten zu Alleinerben ihres Nachlasses ein, und jeder Theil substituirt sodann für den Fall des Vorabsterbens des Anderen die in der letztwilligen Verordnung bezeichneten Verwandten; für den Fall der Erwerbung der Erbschaft durch den anderen Gatten aber macht er demselben die Auflage, nach seinem dereinstigen Ableben die Erbschaft den erwähnten Verwandten als Fideikommissaren zu restituiren. Der Erbschaftsantritt allein schließt die Widerruflichkeit der Verordnung des **Ueberlebenden** keineswegs aus.

Dies war die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten zur Zeit vor und nach Abfassung des württembergischen Landrechtes, [227] und eine Bestätigung derselben findet sich in dem ganz allgemein gefaßten Ausspruch des Landrechtes, Thl. III, Tit. 7, §. 4, wonach jedem Ehegatten unbenommen bleiben soll, sein Testament oder Geschäft in seinem Gut geschehen zu **widerrufen** und aufzuheben,

---

[226] Vergl. **Tafel**, Civil-Rechtsspr., Bd. I, S. 89 ff.; **Bolley**, Beitrag zur Lehre von den koresp. Testamenten, S. 30—34.

[227] Vergl. **Beseler**, die Lehre von den Erbverträgen, Bd. II, S. 327; **Strippelmann**, Entsch. des Ober-App.-Gerichtes zu Cassel, Bd. VI, S. 484—489.

wie auch im Landrecht, Thl. III, Tit. 20, §. 1, bestimmt ist: selbst wenn ein Testirer sich versprochen, verschrieben oder verpflichtet hätte, sein Testament nicht zu ändern, solle dieß doch nichts gelten.[228] Die angeführte Auffassung haben ferner getheilt die württembergischen Rechtsgelehrten der älteren, und bei weitem die Mehrzahl der neueren Zeit, insbesondere haben sie angenommen, daß jeder Ehegatte in dem korrespektiven Testamente nur über sein Vermögen testire, und daß der Widerruf dieser Verfügung trotz des Antrittes der Erbschaft des Verstorbenen an und für sich statthaft bleibe.[229] Und namhafte Rechtslehrer erkennen diese Ansicht auch auf dem gemeinrechtlichen Standpunkte als die richtige an.[230]

Was sodann insbesondere die Wirkungen des Erbschaftsantrittes betrifft, auf welchen die Anhänger der gegentheiligen Meinung (übrigens unter verschiedener Be-

---

[228] Vergl. Vorarbeiten zum Landrecht, S. 327 Fol. 25, S. 577, 578, S. 656, §. 4.

[229] Besold, Cons. Vol. IV., cons. 288, S. 209 ff.; Nro. 5, 6, 10; Harpprecht, Cons. Tub. Vol. I, cons. 44, Nro. 27–37, 65-72; Harpprecht, disput. acad. Vol. I, Disp. 39 de test. corresp., §. 38–41, 48–51; Cons. Tub. Vol. I, cons. 6, Nr. 36, 40, 48, cons. 63, Nro. 22; Vol. IX, cons. 38, Nro. 30–36; Einleitung in das württ. Landrecht, S. 410; Lauterbach, Coll. P. II, ad L. 28, 1, S. 6[illegible]2, §. 55; Malblanc, Princ. T. III, §. 706, S. 869; Hofaker, Princ. T. II, §. 1364, S. 500; Griesinger, Komm., Bd. V, S. 211, §. 58 und S. 201, §. 56; Bolley, 33 Auss., S. 434; Reinhardt, Komm., Bd. III, S. 66; Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 829; Stein, Erbrecht, 3. Ausg., §. 92.

[230] Leyser, med. L. I, 43, m. 7, S. 446; V. 359 m. 4–6, S. 649; VII 449 m. 10, S. 107; IX 351, m. 9, S. 217; Kreittmayer, Anmerk. zum Cod. Bavar. III, c. 4, Nro. 8, S. 503; Beseler, a. a. O., S. 336 ff.; Hasse, im rhein. Mus., Bd. III, S. 500–549; Arndts, Pand., 3. Aufl., §. 500, 501; Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. III, §. 178, S. 446; Bluntschli, deutsches Privatrecht, 2. Aufl., S. 569; vergl. auch Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen, S. 153, 156, 158, 164, 169, 171.

gründung) ein Hauptgewicht legen,[231] so können zwar dem Erben auch bezüglich seines eigenen Vermögens Auflagen zu Gunsten Dritter gemacht werden; eine solche Absicht muß aber gehörig nachgewiesen werden, und nach klarer gesetzlicher Bestimmung sind derartige Auflagen nur dann giltig, wenn der belastete Erbe für die Aufopferung seines eigenen Vermögens durch Zuwendungen aus dem Nachlaß seines Erblassers vollkommen entschädigt ist.[232]

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Juni 1869 in der Appellationssache K. c. K. und E.

58) Beweislast bei Anfechtung eines Testamentes.[233]

a) Wenn die Testamentsurkunde den gesetzlichen Erfordernissen entspricht und im Widerspruch mit dem Inhalt derselben Mängel, welche der Giltigkeit des Testamentes entgegenstehen, behauptet werden, so liegt der Beweis hiefür Denjenigen ob, welche das Testament aus dem Grunde dieser Mängel anfechten.[234]

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Mai 1866 in der Appellationssache R. c. R.

b) Ebenso wurde in einer neuestens entschiedenen Sache ausgesprochen, daß, nachdem die beklagte Partei

---

[231] Vergl. Seuffert, Archiv, Bd. I, Nro. 44; Bd. II, Nro. 72, 204; Bd. IV, Nro. 64; Bd. X, Nro. 184; Bd. XX, Nro. 232.

[232] Vergl. die angef. Schriftsteller und die Ges. bei Volley, korresp. Test., §. 7.

[233] Seuffert, Archiv, Bd. I, Nro. 95, Ziff. 8; Bd. XI, Nro. 256.

[234] Glück, Komm., Bd. XXXIV, S. 289, 290; Bardili, Diss. de test. nuncup. (1736), §. 36; Sintenis, Civilrecht, Bd. III, §. 190, Note 8; Weiske, Rechtslexikon, Bd. X, S. 459; Seuffert, Archiv, Bd. I, S. 103; Tafel, Civilrechtsspr., Bd. II, S. 223, 237; Strippelmann, Entsch. des OAG. zu Cassel, Bd. IV, Abth. 1, S. 258 ff.

durch die Testamentsurkunde den ihr obliegenden Beweis erbracht habe, daß der Testamentsakt so, wie in der Urkunde enthalten, vor sich gegangen sei, die klagende Partei, welche behaupte, daß dessen ungeachtet ein giltiges Testament nicht vorliege, hiefür beweispflichtig sei.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Jan. 1870 in der Appellationssache Th. c. S.

59) Kodizillarklausel; Aufnahme in die Solennisationsurkunde.

Es ist in den Gesetzen nirgends vorgeschrieben, daß die Kodizillarklausel in dem den Zeugen seinem Inhalt nach verborgen bleibenden materiellen Inhalt des Testamentes enthalten sein müsse. Es kann dieß aus den Worten des Gesetzes, Landrecht, Thl. III, Tit. 20, §. 13, „clausula codicillaris einverleibt,“ nicht gefolgert werden, vielmehr fordert das Gesetz hier und in dem folgenden Paragraph 14 mit den Worten: „wenn ob angeregte clausula einem Testamente angehängt“ blos im Allgemeinen, daß in derjenigen Urkunde, wodurch der letzte Wille zu einer rechtsbeständigen Erklärung erhoben wird, die Erklärung enthalten sei, daß der Testator seinen letzten Willen auch in der Gestalt eines Kodizilles befolgt wissen wolle. Wenn nun aber eine solche Erklärung von dem Testator gerade bei demjenigen Akte ausgesprochen wird, wodurch der letzte Wille die Eigenschaft eines rechtsbeständigen Testamentes erhalten soll, so ist nicht abzusehen, warum gerade hier die Erklärung unzulässig sein soll, daß das Testament, wenn nicht als solches, wenigstens als Kodizill gelten soll. Es kann sogar, wenn ein Testament nach allen Theilen vollendet und dabei die Kodizillarklausel vergessen worden, diese mit voller Wirkung noch nachgeholt werden, wenn es nur noch vor dem Notar und den versammelten Zeugen geschieht.[235] Denn wie ein Kodizill

---

[235] Stryk, Diss. de claus. codic., Nro. 78.

allein ohne Testament vor der erforderlichen Anzahl von Zeugen errichtet werden kann, um so gewisser muß einem bereits niedergeschriebenen, aber noch nicht solennisirten Testamente durch die Erklärung des Testirers vor Notar und Zeugen die rechtliche Wirkung eines Kodizilles beigelegt werden können.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Jan. 1833 in der Appellationssache H. c. Sch. und vom 15./16. April 1862 in der Appellationssache Sch. c. M.

60) Kodizillarklausel; clausula omni meliori modo.[236]

Um einem mangelhaften Testamente „durch die sogenannte Kodizillarklausel die Eigenschaften eines giltigen Kodizilles zu verschaffen, ist nicht erforderlich, daß der Testirer wörtlich erkläre, sein Testament solle wenigstens als ein Kodizill gelten, sondern es genügt, wenn der Testirer nur überhaupt seine Absicht ausgesprochen hat, sein letzter Wille solle, „wenn auch nicht als Testament, so doch jedenfalls wenigstens unter irgend einer ihm rechtliche Wirkung gebenden Form gelten, welche demselben nach seiner Beschaffenheit den Gesetzen gemäß möglicher Weise angepaßt werden kann. Das Landrecht, Thl. III, Tit. 5, §. 12, wo es bestimmt, daß bei dem privilegirten Testamente der Eltern unter den Kindern die Kodizillarklausel schon als stillschweigend in einem solchen Testamente begriffen zu verstehen sei, gibt mit den Worten: „clausula codicillaris, vel omni meliori modo“ zu erkennen, daß auch gleichbedeutende Worte, wie der lateinische Ausdruck „omni meliori modo“ die Stelle der Kodizillarklausel

---

[236] Vergl. **Glück**, Komm., Bd. XLV, S. 184, 187, 338; **Fein** im Archiv für civ. Praxis, Bd. V, S. 169; **Sintenis**, Civilrecht, Bd. III, §. 208, S. 706 f.; **Seuffert**, Pand., Bd. III, §. 647, 648; **Savigny**, System, Bd. IV, S. 265; **Griesinger**, Komm., Bd. VI, S. 485, 489; **Reinhard**, Komm., Bd. II, S. 221.

versehen können. Aehnliche Beispiele der Bedeutung des Wortes „vel," womit etwas Gleichbedeutendes angezeigt werden will, enthält das Landrecht, Thl. I, Tit. 16, S. 91: „juramentum aestimationis litis causae vel rei;" Thl. II, Tit. 10, S. 272, Rubrum: „de pacto vel lege commissoria;" Thl. III, Tit. 22, §. 1: „die ex testamento vel ab intestato succedirende Erben." Auch in den römischen Gesetzen wird durch das Wörtchen „vel" häufig den nachfolgenden Worten eine gleiche Bedeutung mit den vorhergehenden Worten beigelegt. [237]

Ein nicht unbedeutender Beleg dafür, daß die Verfasser des Landrechtes die Klausel: „omni meliori modo" für gleichbedeutend mit der wörtlichen Kodizillarklausel gehalten haben, ist der Umstand, daß die zu ihrer Zeit lebenden vaterländischen Schriftsteller der gleichen Ansicht gewesen sind. [238] Diese Ansicht war auch den römischen Gesetzen ganz angemessen, wie l. 29, §. 1, D. qui test. facere possunt (28, 1), zu erkennen gibt, wo in griechischer und römischer Sprache das Wesen der Kodizillarklausel und die Art, sie auszudrücken, angeführt ist, ohne auch nur des Wortes „Kodizill" zu erwähnen. Dieses Gesetz insbesondere ist es, auf welches sich die Rechtsgelehrten von der Glosse an, berufen haben, um damit darzuthun, daß der Klausel „omni meliori modo" eben damit aber überhaupt allen denjenigen Worten, deren sich ein Testator bediente, um seine Absicht auszudrücken, daß er seinen letzten Willen wie es immer möglich sei (implicite also auch als Kodizill) aufrecht erhalten und vollzogen wissen wolle, *die* Wirkung der Kodizillarklausel beizumessen sei; und zwar aus dem einfachen Grunde, weil es in der Natur der Sache liege, daß einem etwa nicht rechtskundigen Testirer,

---

[237] Vgl. Brissonius de Verbor. signif. voce: „vel" Nro. 3, 4, 5.

[238] Bocer, Class. III, disput VI, Nro. 42; Christoph Besold, thesaur. Pract. edit. Diether, I C., Nr. 41.

der die Form seines letzten Willens einem Dritten überlassen muß, zum Voraus anzunehmen sei, er wünsche, daß sein letzter Wille gelte, wenn auch jener Dritte die gesetzliche Form eines Testamentes verfehlt haben sollte. Daher ein mit der Kodizillarklausel versehenes Testament aufrecht erhalten wird, wenn auch der Testirer diese Klausel nicht verstanden haben sollte.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. März 1833 in der Appellationssache M. c. M.

In derselben Weise hat das Obertribunal auch in anderen Fällen mehrfach ausgesprochen, daß es genüge, wenn der Testirer seinem Willen, daß das Testament auf jede mögliche Weise gelten solle, durch irgend eine Klausel, insbesondere auch durch die clausula omni meliori modo Ausdruck gegeben habe.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Januar 1833 in der Appellationssache H. c. Sch., vom 1. März 1865 in der Appellationssache St. c. St. [339]

61) Von den Erfordernissen eines gemeinrechtlichen Kodizilles.

Gegen die Rechtsbeständigkeit eines gemeinrechtlichen Kodizilles war eingewendet worden, daß nach den Bestimmungen des römischen Rechtes wesentlich erforderlich sei, daß der Testirer entweder das Kodizill selbst schreibe, oder wenigstens unterschreibe und daß fünf Zeugen zugezogen werden, was Beides in dem betreffenden Falle nicht geschehen sei. Hierüber besagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Betreffend den ersten Anfechtungsgrund, so ist nach der l. 6, §. 1 und 2, D. de jure Cod. (29, 3) weder nothwendig, daß der Kodizillant das Kodizill untersiegle,

---

[339] Boscher, Zeitschr. für freiw. Gerichtsbarkeit, Jahrg. 1865, S. 271.

noch daß er solches selbst schreibe oder wenigstens unterschreibe.

Anfänglich bestand für Kodizille gar keine Form, sie mochten an den Intestat- oder Testamentserben gerichtet sein — l. 8 pr. D. tit. cit.[240] — später aber, als Theodosius in cst. 8 in fine Cod. de codicillis (6, 36), auch bei einem Kodizille die Unterschrift von fünf Zeugen forderte, wurde nicht unterschieden, ob solcher von dem Kodizillanten selbst geschrieben sei oder nicht. Dagegen war nach einer unter Theodosius und Valentinian erlassenen Konstitution — cst. 21 pr. Cod. de testam (6, 23) — bei Testamenten wesentlich erforderlich, daß der Testirer bei einem schriftlichen Testamente dasselbe entweder in Gegenwart der Zeugen unterschreibe, oder daß er, wenn er nicht schreiben konnte oder wollte, einen achten Zeugen beiziehe, welcher für ihn unterschreiben mußte. Diese gesetzliche Bestimmung erlitt unter Justinian in cst. 28, §. 1, Cod. eod. tit. die Aenderung, daß der Erblasser nicht zu unterschreiben brauche, wenn das Testament von ihm eigenhändig geschrieben worden sei. Hier ist auch von Kodizillen die Rede und es wird in dem Falle, wenn das Testament oder das Kodizill von dem Testirer geschrieben, aber nicht unterschrieben ist, das Testament dem Kodizille gleichgestellt. Den anderen Fall, wo das Testament oder das Kodizill nicht von dem Testirer geschrieben ist, berührt Justinian nicht, mithin hat es hier bei dem zwischen diesen letztwilligen Verfügungen nach dem früheren Rechte bestehenden Unterschiede sein Verbleiben.

Daß die gedachte Pandektenstelle nur von bestätigten Kodizillen rede und eine Ausdehnung einer Bestimmung bei bestätigten Kodizillen auf andere nicht zuläßig sei, ist nicht richtig. Denn sie spricht ganz allgemein von Kodi-

---

[240] **Heineccii** antiquit. roman. Syntagma Edit. Haubold 1823, pag. 483 lib. II, tit. XXIII—XXV, §. XIV, XV; **Griesinger**, Komm. z. württ. Landrecht, Bd. VI, S. 601, Note c.

zillen, und es waren damals schon Intestatkodizille im Gebrauche, auch ist jetzt die Anwendung jener Regel auf alle Arten von Kodizillen viel weniger bedenklich, da durch die hiebei nothwendige Anzahl von Zeugen die Gewißheit des Willens außer Zweifel gesetzt wird, Fälschungen und Betrügereien aber viel weniger möglich sind als früher, wo Kodizille ohne alle Förmlichkeit errichtet werden konnten und l. 6, D. cit. schon galt. Sind nun auch einige Rechtslehrer der Meinung, es sei bei Kodizillen wesentlich nothwendig, daß sie von dem Testirer entweder selbst geschrieben oder wenigstens unterschrieben werden,[241] so wird doch die entgegengesetzte Ansicht von der Mehrheit der Rechtslehrer vertheidigt.[242]

Aber auch die gesetzliche Anzahl von fünf Zeugen, welche nach cst. 8, Cod. de cod. (6, 36) bei Kodizillen erforderlich ist, war bei dem von dem Erblasser der streitenden Theile errichteten Testamente anwesend. Er hat den geschworenen Rathsschreiber und vier Gemeinderäthe zu sich, eröffnete ihnen, daß er seinen letzten Willen in einem verschlossenen, von einem Anderen geschriebenen und versiegelten Testamente verfaßt habe, und ersuchte dieselben, solches anzunehmen, zu verwahren und dafür besorgt zu sein, daß es nach seinem Tode vollzogen werde. Der Testirer hat also sowohl den Rathsschreiber als die vier Gemeinderäthe zu sich berufen und Allen jene Eröffnung gemacht. Nun ist nach l. 21, D. qui testam. fac. (28, 1) nicht zu bezweifeln, daß der Rathsschreiber, welcher über

---

[241] **Roßhirt**, Lehre von den Vermächtnissen, Bd. I, S. 28; **Thibaut**, in Braun's Zusätzen, S. 717.

[242] **Donellus**, comm. de jure civ. ad lib. IV, c. 19, §. 5, S. 203; **Stryk**, usus modernus ad lib. XXIX, tit. VII, §. VIII, S. 871; **Lauterbach**, coll. Pand. lib. XXIX, tit. VII, §. VI; **Hofaker**, princ. jur. rom. tom. II, §. 1569; **Malblanc**, princ. jur. tom. III, §. 729; **Schweppe**, das röm. Privatrecht, Bd. V, §. 890, S. 285.

den ihm, wie den vier Gemeinderäthen, eröffneten letzten Willen ein Protokoll aufzunehmen hatte und gerade durch seine Funktion bei dem Testamentsakte am meisten aufgefordert war, demselben seine Aufmerksamkeit zuzuwenden, als ein Solennitätszeuge anzusehen sei.[243]

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Nov. 1841 in der Appellationssache G. c. G.

62) Erbeinsetzung des Notherben auf Empfänge zu Lebzeiten des Testirers.

Erwägt man, daß die Pflicht zur Erbeinsetzung, sofern ihr anerkanntermaßen durch erbrechtliche Zuweisung des geringsten Antheils oder der geringfügigsten res certa genügt wird, eine materielle Bedeutung nicht hat, daß solche vielmehr von Justinian nur deßhalb auferlegt wird, „ut filios a testamentorum injuria liberos reddamus; caeterum si qui haeredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti etc.; sola enim est nostrae serenitatis intentio a liberis injuriam praeteritionis et exhaeredationis auferre," und erwägt man andererseits, daß Zuwendungen unter Lebenden, welche der Einrechnung in den Pflichttheil unterliegen, auch bei der Vermögensschätzung zur Ausmittelung des Pflichttheiles in Anschlag zu bringen und in beiden Beziehungen so anzusehen sind, als ob ihr Betrag noch zur Zeit des Todes sich in der Erbschaft vorfinden würde,[244] so fordert die Konsequenz, daß eine Erbeinsetzung des Notherben auf Dasjenige, was er bei Lebzeiten des Testirers von demselben empfangen und in den Pflichttheil sich einrechnen zu

---

[243] Demgemäß ist es nicht für richtig zu erkennen, wenn in Kapff's Rechtssprüchen, N. 18, S. 154 und 165 von einem ganz ähnlichen Falle gesagt ist, daß es an der zu einem Kodizille wesentlich erforderlichen Zahl von fünf Zeugen fehle.

[244] Nov. 18, cap. 6; Arndts, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. VIII, S. 133, Ziff. 11; Francke, Notherbrecht, S. 238.

lassen hat, genügen muß, um das Testament vor Nichtigkeit wegen Uebergehung eines Notherben zu schützen und Letzterem nur die Ergänzungsklage übrig zu lassen.[245] Auch das württembergische Partikularrecht, welches die Erbeinsetzung in re certa ebenfalls für giltig erklärt — Landrecht, Thl. III, Tit. 11, §. 18 — führt zu keiner anderen Entscheidung. Das Landrecht schließt sich in Thl. III, Tit. 14 und Tit. 23, §. 1, wesentlich an das gemeine Recht an, indem es zwar Erbeinsetzung der Deszendenten fordert, aber wenn ihnen auch noch so wenig durch Erbeinsetzung verschafft wird, blos die Klage auf Pflichttheilsergänzung zuläßt und verordnet, daß den Kindern Heirathsgüter und Nebenaussteuerungen „in ihrem Pflichttheil, wie auch sonst in gemeine Erbtheilung zu billiger Vergleichung aufgerechnet" werden sollen. Es ist nicht ersichtlich, daß die Worte in Thl. III, Tit. 14, §. 1: „Pflichttheil, den sie von ihrem eigenen Gut ihren Kindern zu verschaffen und sie darin zu Erben einzusetzen schuldig sein sollen," den Gegensatz zwischen dem Nachlaß der Eltern und dem kollationspflichtigen Vermögen der Kinder ausdrücken sollen. Die Worte „von ihrem eigenen Gut," welche übrigens schon im zweiten Landrechte, S. 288—290[246] vorkommen, sind in der Eisengrein'schen Relation nicht erläutert. Ohne Zweifel stammen sie aus dem römischen Rechte und sind eine Uebersetzung des Ausdruckes „ex ipsa substantia patris," „propria substantia," welcher in cst. 36, pr. Cod. de inoff. testamento und Nov. 18, princ. sich findet.[247] Daß aber der Gegensatz der propria

---

[245] Leyser, med. sp. 356; Cujacius ad Nov. 18; Francke, Notherbrecht, S. 395; Mühlenbruch in Glück's Komm., Bd. XXXV, S. 320, 321; Seuffert, Archiv, Bd. XI, Nro. 66.

[246] Reyscher, Gerichtsgesetze, Bd. I, S. 351.

[247] Baldus, ad tit. de inoff. test. l. 36; Grass, rec. sententiae liber 4, legitima qu. 15; Plebst, Novantiquae disput. ad Landrecht l. c.

substantia des Testirers nicht in Demjenigen zu suchen sei, was dem Notherben bei Lebzeiten von ihm zugewendet worden ist, dies ist in cst. 36 pr. Cod. cit. schon mit den Worten: quod ex aliis causis ad eum pervenit „quasi jure adventitio“ angedeutet,[248] und ergibt sich weiter aus cst. 29, cst. 30, Cod. eodem, wo die Einrechnung gewisser Zuwendungen unter Lebenden in den Pflichttheil ausdrücklich angeordnet ist — §. 6, J. de inofficioso testamento. — Auch die Eisengrein'sche Relation zu §. 1 des Titels der Kollation bietet lediglich Nichts für die vorliegende Frage, sondern enthält blos die Aufnahme des gemeinen Rechtes aus cst. 30, cst. 36, Cod. de inoff. test. in das Landrecht, neben welchem dessen einschlagende Bestimmungen, obwohl im zweiten Landrechte übergangen, doch als schon bisher anwendbar vorausgesetzt werden. Daß Eisengrein die Meinung derjenigen Schriftsteller, welche die Erbeinsetzung auf den Vorempfang für ungiltig halten, habe rezipiren wollen, ist nicht angedeutet. Im Gegentheil sagt der von Eisengrein citirte Vasquez:[249] „dos loco legitimae succedit et in legitimam imputatur.“

Aehnlich sagt einer der von den Bearbeitern des Landrechtes häufig benützten Schriftsteller Sichardus:[250] „unde quoque videmus fieri ut hodie filiae plerumque instituantur in dote, quae nonnunquam non attingit vel implet legitimam, quia dos succedit loco legitimae et computatur filiae pro sua legitima.“

Endlich ist bei einem anderen für die Auslegung des Landrechtes bedeutenden Schriftsteller Grass[251] eine Erbeinsetzung auf eine schon gegebene dos erwähnt und als giltig vorausgesetzt: „pone quod pater dedit dotem

---

[248] Vergl. die Glosse ad hanc legem.

[249] De creat. succ. §. 10, Nro. 259.

[250] In Cod. de inoff. test. (Sich. redivivus S. 173).

[251] Rec. sentent. liber 4 legitima qu. 41.

filiae simpliciter, postea eam instituit in dote, et gravavit fideicommisso; respondit: onus dotis injunctum rejicitur quod lex quoniam (l. 32 Cod. de inoff. test.) etiam in dote locum habet, cum imputetur in legitimam; ita tenet Bartolus et est communis omnium sententia."

Entscheidung des Obertribunals vom 28. März 1862 in der Appellationssache K. c. K.

63) Fideikommissarische Erbeinsetzung; Vorabsterben des Fiduziarerben.

Es gilt als gesetzliche Regel, daß eine fideikommissarische Erbeinsetzung durch das Vorabsterben des Fiduziarerben hinfällig wird. — §. 2, J. de lege Falc. (2, 22); pr. §. 7, J. de hered. quae ab intest. (3, 1); l. 181, D. de R. J. (50, 17); l. 12, §. 5, D. de bonis libert. (28, 2); l. 73, pr. D. ad leg. Falc. (35, 2);[252] Landrecht, Thl. III, Tit. 20, §. 7. — Von dieser Regel findet beim Soldatentestamente eine Ausnahme statt, indem, wenn der direkte oder der Fiduziarerbe vor dem Erblasser oder der Erbschaftsantretung stirbt, nicht die Intestaterbfolge eintreten, sondern der Fideikommissar nun als direkter Erbe angesehen werden und die Erbschaft erhalten solle; — l. 13, §. 4, D. de testam. militis (29, 1), — eine Bestimmung, welche nur auf der Ansicht beruhen kann, daß es in dem Willen des Testirers liege, dem Fideikommissar unter allen Umständen den Nachlaß zuzuwenden, und daß daher dieser Wille zu erfüllen sei, weil Soldatentestamente so bevorzugt sind, daß auf sie, die für die Testamente von Nichtsoldaten hinsichtlich der Form und des Inhalts bestehenden gesetzlichen Vorschriften keine Anwendung finden.

Diese Ausnahme beim Soldatentestamente wurde

---

[252] Sintenis, Civilrecht, Bd. III, S. 475; Vangerow, Pand., Bd. III, S. 232.

durch die l. 14, D. de test. milit. (29, 1) auch auf Testamente von Nichtsoldaten auf den Fall übertragen, wenn der Testirer von dem Vorabsterben des direkten Erben oder Fiduziars keine Kenntniß erhielt, während, wenn er den Tod desselben erfuhr, es bei der Regel, daß das Testament destituirt werde, verblieb. Auch dieser gesetzlichen Bestimmung liegt die Ansicht zu Grunde, der Testirer habe dem Fideikommissar seinen Nachlaß zuwenden wollen, möge der Fiduziar vor oder nach ihm sterben, während die Bestimmung, daß, wenn der Testirer den Tod des Fiduziars kannte, es bei der gesetzlichen Regel verbleiben solle, nur auf der Annahme beruhen kann, daß, weil in diesem Falle der Testirer es wußte, daß sein Testament nichtig sei und Niemand daraus Erbe werden könne, er, wenn er diese Folge vermeiden wollte, ein neues Testament hätte machen können, also in diesem Falle ein dem früheren Willen entgegengesetzter Wille desselben angenommen wird. [253]

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Mai 1866 in der Appellationssache R. c. M.

64) Vermächtniß; Beifügung einer auf den Tod des Erben gestellten Zeitbestimmung.

Die einem Vermächtniß beigefügte, auf den Tod des Erben gestellte Zeitbestimmung soll nach der gesetzlichen Regel einer Bedingung gleich geachtet werden, und es muß daher Derjenige, welcher auf den Tod des Erben mit einem Legate bedacht ist, den Erben überleben, um das Legat zu erwerben und auf seine Erben transmittiren zu können — l. 1, §. 2, l. 75, l. 79, §. 1, D. de condit. et demonstr. (35, 1); l. 4 pr., l. 13 in f., l. 21, D. quando dies leg. vel fideicom. (36, 2); l. 12, §. 1, D. de legatis II (31). Allerdings gilt dieß nur als Regel und eine Ausnahme

[253] Sintenis, a. a. O., Bd. III, S. 739; Seuffert, prakt. Pandektenrecht, §. 645, Ziff. 2, a; Puchta, Vorlesungen ad §. 554; Arndts, Pandekten, §. 587, S. 870.

tritt ein, wenn aus den Umständen erhellt, daß die ungewisse Zeit, von deren Eintritt die Entrichtung des Legates abhängig gemacht ist, nicht als Bedingung des Rechtes auf das Legat, sondern nur als Termin für die Ausbezahlung gelten solle — l. 46, D. ad S. C. Trebell. (36, 1); cst. 3, 5 Cod. quando dies leg. (6, 53). Solche Umstände müssen jedoch erwiesen werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Oktober 1857 in der Appellationssache H. c. M.

B. Versicherungsrecht.

65) Im Falle der Lebensversicherung zu Gunsten dritter Personen haben die Gläubiger des Versicherungsnehmers keinen Anspruch auf die Versicherungssumme.

Das Versicherungswesen, von so kleinen Anfängen es ausgegangen, hat unter dem Einflusse der neueren wirthschaftlichen Entwickelung eine so außerordentliche Ausdehnung gewonnen, daß es heutzutage, indem es sich noch fortwährend neue Gebiete erobert, unter den Faktoren des Volkswohles eine hervorragende Stelle einnimmt. Letzteres gilt insbesondere auch von der Lebensversicherung, welche, obwohl von der Gesetzgebung Anfangs als eine unzulässige, und angeblich ebenso unwürdige als gefahrvolle Spekulation auf das Leben oder den Tod eines Menschen zurückgewiesen, längst als ein höchst wohlthätiges, vom moralischen, wie vom wirthschaftlichen Standpunkte gleich bedeutungsvolles Rechtsinstitut erkannt ist und eine ihrer Wichtigkeit entsprechende Entwickelung und Ausbreitung nach den verschiedensten Richtungen gefunden hat. Es hat die Lebensversicherung sich als ein zweckdienliches Mittel zu Erreichung der mannigfaltigsten wirthschaftlichen und moralischen Zwecke erwiesen, sie dient zur Versorgung von Frau und Kindern und anderen durch Bande der Liebe

verknüpften Personen, zur Anerkennung von Freundschaft und treuen Diensten, zu Gunsten milder Stiftungen, zur Ausgleichung des ungleichen Vermögens von Stief- und Halbgeschwistern, sowie von Gesellschaftern, zur Sicherstellung von Darlehen, zur Begründung oder Fortsetzung von Unternehmungen, zur Tilgung von Schulden u. s. w., und in allen diesen Richtungen ist sie geeignet, zum Wohle des Einzelnen wie des Ganzen segenbringend zu wirken. Von hoher Bedeutung und entschiedener Wichtigkeit ist insbesondere die dem Familienvater durch die Lebensversicherung gebotene Möglichkeit, durch die Versicherung seines eigenen Lebens zu Gunsten seiner Angehörigen, sei es seiner Erben, oder seiner Frau, oder seiner Kinder, oder einzelner derselben deren zukünftige Existenz nach seinem Tode durch Verschaffung der Versicherungssumme sicher zu stellen. Die Statuten der Lebensversicherungsgesellschaften gestatten zu diesem Zwecke, daß durch den Versicherungsvertrag die Person bestimmt wird, zu deren Gunsten der Vertrag geschlossen sein und an welche nach dem Tode des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme bezahlt werden solle, und es verpflichten sich die Lebensversicherungsgesellschaften in diesem Falle durch den Vertrag, die Versicherungssumme an die durch den Vertrag bestimmte, und in der Police genannte Person zur Verfallzeit auszubezahlen. Obwohl jedoch solche Lebensversicherungen zu Gunsten dritter Personen im Verkehrsleben längst eingebürgert und in unbeanstandeter Geltung sind, hat deren rechtliche Wirksamkeit bis in die neuere Zeit bei den deutschen Gerichten Beanstandung gefunden, indem diese davon ausgingen, daß die Versicherungssumme, auch wenn die Lebensversicherung zu Gunsten dritter Personen genommen worden, zum Nachlasse des Versicherungsnehmers gehöre. Es ist dieß insbesondere dann von entscheidender Bedeutung, wenn der übrige Nachlaß des Versicherungsnehmers überschuldet ist, da in diesem Falle die Versicherungssumme, wenn sie als Theil des Nachlasses des

Letzteren zu erkennen wäre, von den Gläubigern behufs ihrer Befriedigung beansprucht werden könnte. Hiemit wäre aber der ganze Zweck des Rechtsgeschäftes, der in der Police genannten Person die Versicherungssumme zu verschaffen, vereitelt und es ist daher die Entscheidung der Frage, ob im Falle der Versicherung des eigenen Lebens zu Gunsten dritter Personen die Versicherungssumme unmittelbar dieser erworben wird, oder zum Nachlaß des Versicherungsnehmers gehörig ist, für das ganze Institut von der höchsten Wichtigkeit und Bedeutung.

Die Gesetzgebung, welche sich mit dem Versicherungsrecht überhaupt erst in der neueren Zeit eingehender zu beschäftigen begonnen hat,[254] ist der Frage bis jetzt nur selten näher getreten. Wo es geschehen, ist jedoch die Gesetzgebung in richtiger Erkenntniß der dabei in wirthschaftlicher, wie in moralischer Hinsicht in Betracht kommenden hochwichtigen Interessen meist von dem Satze ausgegangen, daß bei Versicherungen auf das eigene Leben zu Gunsten dritter Personen, insbesondere naher Angehörigen, die Versicherungssumme dem in der Police bestimmten versicherten Dritten auszubezahlen sei und von den Gläubigern des Versicherungsnehmers behufs ihrer Befriedigung nicht beansprucht werden könne. Derartige Gesetze bestehen in mehreren Staaten von Nordamerika, so in New-York, in Illinois, in Canada und in Neusüdwales und auch die Post-Office-Versicherungen in England sind hieher zu zählen.[255] Auf demselben Standpunkte steht das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich,[256]

---

[254] Vergl. meine Abhandlung „die Verhandlungen der Dresdener Bundeskommission über den Versicherungsvertrag in Malß, Zeitschr. für Versicherungsrecht, Bd. I, S. 328 ff., §. 1.

[255] Malß, Zeitschr., Bd. II, S. 430–432; Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. XII, S. 190.

[256] Bluntschli, das privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Bd. III, S. 596.

während nach dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsgesetzbuches die Todesversicherungssumme im Zweifel der Erbschaftsmasse des Versicherungsnehmers zufallen solle, womit übrigens die obige Frage noch nicht entschieden zu sein scheint.[257] Der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, obwohl er das Versicherungsrecht zu regeln unternommen hat, berührt unsere Frage ausdrücklich nicht; die von ihm bezüglich der Verträge zu Gunsten Dritter überhaupt angenommenen Sätze müßten jedoch zu demselben Resultate führen, zu welchem die vorangeführten Gesetzgebungen gekommen sind, welche die Versicherungssumme dem versicherten Dritten zuscheiden.

Die Theorie hat sich in Deutschland der Frage erst in neuester Zeit anzunehmen begonnen. Die wenigen Schriftsteller, die sich damit beschäftiget haben, sind jedoch gleichfalls entschieden für die Rechte der versicherten Dritten eingetreten.[258]

Was die Praxis betrifft, so steht in der französischen und belgischen Rechtsprechung der Satz fest, daß die zu Gunsten von Erben, Ehegatten, Kindern, überhaupt von dritten Personen stipulirten Lebensversicherungssummen nicht zum Nachlasse des Versicherungsnehmers gehören und daher auch von den Gläubigern desselben nicht in Anspruch genommen werden können, sondern dem Zwecke des Rechtsgeschäftes gemäß der in der Police genannten dritten Person, zu deren Gunsten die Versicherung genommen worden, verbleiben.[259] Nicht die gleiche Einstimmigkeit

---

[257] Malß, Zeitschr., Bd. I, S. 90, 103; vergl. jedoch auch Bd. II, S. 425.

[258] Vergl. Wolff in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. XII, S. 169 ff.; Malß in dessen Zeitschr. für Versicherungsrecht, Bd. II, S. 422 ff.; meine Bemerkungen im württ. Gerichtsblatt, Bd. III, Nro. 7, S. 186.

[259] Löhr, Centralorgan N. F., Bd. I, S. 520; Malß, Zeitschrift, Bd. I, S. 59 ff., Bd. II, S. 425—430; Goldschmidt, Zeitschr., Bd. XII, S. 187—190, Bd. XIII, S. 495.

zeigt die deutsche Rechtsprechung. Das Obertribunal zu Berlin hat in zwei Erkenntnissen vom 18. Juli 1865 und vom 6. Mai 1866, davon ausgehend, daß bei Verträgen zu Gunsten Dritter diese aus dem Vertrage nur dann ein Recht erlangen, wenn sie dem Vertrage mit Einwilligung der Hauptparteien beigetreten seien, den Satz aufgestellt, daß durch den Versicherungsvertrag, durch welchen Jemand sein Leben zu Gunsten seiner Erben versichere, nur Rechte zwischen dem Versicherungsnehmer, beziehungsweise den seine Persönlichkeit darstellenden Erben, und der Versicherungsbank begründet werden, die Gläubiger des Versicherungsnehmers daher ihre Befriedigung aus der an die Erben desselben zu zahlenden Versicherungssumme zu fordern berechtiget seien.[260] In ähnlicher Weise hat der rheinische Appellhof zu Köln in einem Erkenntnisse vom 4. Dezember 1867 ausgesprochen, daß der Anspruch aus einer Lebensversicherung auf Zahlung der beim Tode des Versicherungsnehmers fälligen Versicherungssumme im Vermögen des Letzteren sei und, wenn auch die Versicherung zu Gunsten der Erben genommen worden, diese keinen selbstständigen Anspruch auf die Versicherungssumme haben, sondern ihr Recht nur durch die Erbfolge vermittelt werde, die Versicherungssumme daher zum Nachlasse des Versicherungsnehmers gehöre.[261] Dagegen haben andere deutsche Gerichte in ähnlicher Weise, wie die französischen und belgischen Gerichte, die vollständige rechtliche Wirksamkeit des Lebensversicherungsvertrages zu Gunsten dritter Personen anerkannt. Das Hofgericht zu Mannheim hat in einem Erkenntnisse vom 15. Sept. 1866 ausgesprochen, daß im Falle einer von Ehegatten zu Gunsten

[260] Busch, Archiv, Bd. XI, S. 316; Malß, Zeitschr., Bd. II, S. 274; Goldschmidt, Zeitschr., Bd. XII, S. 169; Bd. XIII, S. 497; Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. LXII, S. 337.

[261] Goldschmidt, Zeitschr., Bd. XIII, S. 496; Bd. XIV, S. 631 f.

des Ueberlebenden genommenen Versicherung die Versicherungssumme nicht als der ehelichen Gütergemeinschaft erworben betrachtet werden könne, da die Forderung auf die Versicherungssumme erst nach dem Tode des einen Ehegatten ihre rechtliche Existenz erhalte, auch jene Annahme dem Zwecke des Rechtsgeschäftes widersprechen würde, der dahin gerichtet sei, daß die Versicherungssumme dem überlebenden Ehegatten allein zufallen solle.[262] Das Oberappellationsgericht zu Dresden hat in einem Falle, in welchem die Versicherung zu Gunsten der Frau und der Kinder des Versicherungsnehmers genommen war, unter dem 18. Dezember 1866 entschieden, daß die Versicherung zu Gunsten eines Dritten diesem ein selbstständiges Recht auf die Versicherungssumme gewähre, daß diese daher nicht zum Nachlaß des Versicherungsnehmers gehöre und die Gläubiger des Letzteren somit ihre Befriedigung aus der Versicherungssumme nicht beanspruchen können.[263] Dasselbe ist von dem Stadtgerichte zu Frankfurt a/M. in einer Entscheidung vom 30. Sept. 1867 ausgesprochen worden, wo es sich um eine von einer Frau zu Gunsten ihrer Erben (Kinder) genommenen Lebensversicherung handelte.[264] Ebenso hat das Oberappellationsgericht zu München in einem Falle, in welchem es sich um eine von dem Versicherungsnehmer auf das eigene Leben zu Gunsten seiner zweiten Ehefrau genommenen Versicherung handelte, unter dem 11. Februar 1868 entschieden, daß die Versicherungssumme, wenn die Versicherung auf das eigene Leben zu Gunsten einer dritten Person genommen worden, *nicht* zum Nachlasse des Versicherungsnehmers gehöre, da nach

---

[262] Malß, Zeitschr., Bd. II, S. 210 ff.; 432 f.; Goldschmidt, Zeitschr., Bd. XII, S. 186 f.

[263] Vergl. die sehr tüchtige Begründung in Goldschmidt's Zeitschr., Bd. XII, S. 558 ff.; Bd. XIII, S. 496.

[264] Malß, Zeitschr., Bd. II, S. 419 ff., 433; Goldschmidt, Zeitschr., Bd. XII, S. 185, 186.

der Natur des Versicherungsvertrages der Anspruch auf die Versicherungssumme erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers zur rechtlichen Existenz gelange, somit zu Lebzeiten desselben ein Forderungsrecht aus dem Versicherungsvertrage noch gar nicht geboren gewesen. [265]

In derselben Weise hat sich auch das Obertribunal zu Stuttgart in einem neuerdings zur Entscheidung gekommenen und schon im württembergischen Gerichtsblatte [266] erwähnten Falle ausgesprochen. Der Fall war folgender:

Karl W. von H. schloß am 3. Dezember 1858 mit der deutschen Lebensversicherungsgesellschaft in Lübeck einen Versicherungsvertrag, wodurch er sein eigenes Leben gegen Entrichtung einer halbjährlichen Prämie von je 116 fl. 13 kr. für die Summe von 7000 fl. versicherte. In der Police verpflichtete sich die Gesellschaft, wenn durch pünktliche Fortzahlung der Prämien die verbindende Kraft erhalten sei, nach dem Tode des Versicherungsnehmers oder nachdem er das 85. Lebensjahr zurückgelegt habe, an seinen Sohn Paul W. als rechtmäßigen Inhaber der Police die versicherte Summe auszuzahlen. Diese Ausbezahlung erfolgte auch nach dem Tode des Karl W. an den Sohn Paul W. Da jedoch über die Verlassenschaftsmasse des Karl W. der Gant ausbrach, so wurde von den Gantgläubigern Anspruch auf Befriedigung aus der Versicherungssumme erhoben, indem sie dieselbe als zum Nachlasse des Karl W. gehörig beanspruchten. In erster Instanz wurde die Lebensversicherungssumme dem Paul W. zuerkannt. Das Gericht zweiter Instanz dagegen erachtete den Anspruch der Gläubiger des Karl W. auf die Versicherungssumme für begründet, indem dasselbe davon ausging, daß ein Vertrag eine wirksame Obligation nur unter den Kontrahenten begründe, der versicherte Dritte daher aus dem Ver-

---

[265] Goldschmidt, Zeitschr., Bd. XII, S. 554 ff.; Bd. XIII, S. 496; Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. XVIII, S. 327.

[266] Bd. III, Nro. 7, S. 190, 191.

sicherungsvertrage ein unmittelbares Recht nicht erwerben könne, die Verschaffung desselben durch den Versicherungsnehmer aber unter den Begriff einer Schenkung von Todeswegen falle, welche der gesetzlichen Form ermangle.

Von dem Obertribunal wurde jedoch das Urtheil erster Instanz wieder hergestellt und ausgesprochen, daß der versicherte Dritte durch den Versicherungsvertrag ein unmittelbares und selbstständiges Recht auf die Versicherungssumme erworben habe, diese somit nicht zum Nachlaß des Versicherungsnehmers Karl W. gehöre, sondern dem Paul W., zu dessen Gunsten die Versicherung genommen worden, zustehe und daher von den Gläubigern des Versicherungsnehmers Karl W. zu ihrer Befriedigung nicht in Anspruch genommen werden könne.

Aus den Entscheidungsgründen des Richters zweiter Instanz ist zunächst Folgendes auszuheben:

Die Police ist zu Gunsten einer dritten in derselben namentlich bezeichneten Person gestellt. Nach der Bestimmung der Statuten tritt die Lebensversicherungsgesellschaft während Lebzeiten des Versicherungsnehmers in kein kontraktliches Verhältniß zu den in der Police benannten dritten Personen. Vielmehr kann, ohne daß diese zur Uebertragung an Andere berechtigt wären, die Police auf den Antrag des Versicherungsnehmers auf eine andere als die ursprünglich bezeichnete Person umgeschrieben und daher die Versicherungssumme nur an diejenige Person, zu deren Gunsten die Police der Zeit anerkanntermaßen lautet, ausbezahlt, an deren Rechtsnachfolger aber nur dann, wenn dieselbe den Versicherungsnehmer überlebt hat, ausgefolgt werden.

Klar ist nun, daß die durch den Versicherungsvertrag begründeten Verhältnisse Maas und Norm in erster Linie aus dem Inhalt der Versicherungsurkunde in Verbindung mit den einen integrirenden Theil der letzteren bildenden Statuten der Gesellschaft empfangen. Es darf ferner in Ermanglung jeder anderweiten Anführung angenommen werden, daß auch der Versicherungsnehmer selbst ein Recht auf diejenige Person, zu deren Gunsten der Vertrag geschlossen

wurde, nur in der von den Statuten zugelassenen Weise zu übertragen die Absicht hatte. Hienach ist den maßgebenden Grundlagen des Versicherungsvertrages vom 3. Dez. 1858 vor Allem zu entnehmen, daß die von der Gesellschaft zugesagte Leistung ein dem Versicherungsnehmer, dem Promissar selbst, nicht dem Dritten erworbenes Recht ist. Denn nur dem Promissar wollte, nach dem Inhalt des Versicherungsvertrages, wodurch jede rechtliche Beziehung der Gesellschaft zu Dritten während der Lebensdauer des Versicherungsnehmers ausgeschlossen wird, ein Recht aus dem Vertrage für diese Zeit gewährt werden und nur ihm kommt statutengemäß in so lange die Disposition über jenes Recht und eine auf dasselbe gerichtete Klage zu.

Hiedurch ist dem in dem Wesen der Obligation begründeten Satze, es entstehe eine wirksame Obligation nur unter den Kontrahenten,[267] Genüge gethan, hiedurch zugleich aber auch die rechtliche Wirksamkeit der Zusage der Versicherungsbank, an den Dritten unter den in der Police bezeichneten Voraussetzungen zahlen zu wollen, gesichert, insofern diese Zusage einen Theil der vertragsmäßigen Gegenleistung der Bank an den Versicherungsnehmer, somit einen Bestandtheil des Vertrages der unmittelbaren Kontrahenten bildet. Hiebei kann die Frage, ob und in wiefern die Regel des römischen Rechtes, daß die Wirksamkeit von Verträgen zu Gunsten dritter Personen unter den Kontrahenten selbst von dem Nachweise eines eigenen Vortheils des Promissars abhänge, noch heut zu Tage Geltung hat,[268] ganz dahingestellt bleiben, da ein vermögensrechtliches Interesse des Promissars an dem Ver-

[267] l. 11, D. de obl. et act. (44, 7); Vangerow, Pand., 6. Aufl., Bd. III, S. 313 ff.

[268] §. 20, J. de inutil. stip. (3, 20); l. 38, §. 17, l. 130, D. de verb. obl. (45, 1); Vangerow, a. a. O., S. 309, Ziff. 1; dagegen: Beseler, Erbverträge, Bd. II, S. 75; Busch, im civil. Archiv, Bd. XLIII, Anh., S. 41 f.; Bähr, Jahrb. für Dogmatik, Bd. VI, S. 139 f.; Windscheid, Pand., §. 316, Ziff. 1.

sicherungsvertrage aus den ihm durch die Modalitäten desselben eingeräumten Rechten unzweifelhaft hervorgeht.

Betreffend sodann die Natur des aus dem Versicherungsvertrage dem Dritten, an welchen die Leistung der Bank erfolgen soll, begründeten Rechtes: so kann vor Allem davon, daß dem versicherten Dritten, dem Paul W., ein selbstständiges Recht erworben worden sei, aus den zuvor angeführten Gründen keine Rede sein, da ein von dem Vater Karl W. im Namen seines Sohnes kraft Stellvertretung für denselben geschlossener Vertrag, wodurch derselbe unmittelbar berechtigt worden wäre, nicht in Frage steht. Ebensowenig kann der Erwerb eines selbstständigen Rechtes des Paul W. auf den von der Doktrin und Praxis gestatteten Beitritt des Dritten zum Vertrage,[269] auf die Acceptation der ihm überwiesenen vertragsmäßigen Leistung der Bank durch den Vater, als den natürlichen Vertreter des Sohnes, gestützt werden, da eine solche Annahme die Absicht der Kontrahenten, dem Dritten ein Recht aus dem Vertrage zu verschaffen und den Einen von ihnen nicht nur dem Anderen, sondern auch dem Dritten zu verpflichten, zur Voraussetzung hätte, während statutenmäßig jede rechtliche Beziehung zwischen der Versicherungsgesellschaft als Schuldnerin und dem Dritten, auf welchen die Police lautet, während Lebzeiten des Versicherungsnehmers ausgeschlossen ist.

Andererseits kann auch derjenigen Ansicht, wonach in dem Versicherungsvertrage ein doppeltes Rechtsgeschäft, der Erwerb der Forderung für den Versicherungsnehmer durch den Vertrag mit der Bank und die Abtretung und Uebertragung derselben an den Dritten, den Sohn, enthalten sein, es sich somit von einer Zession an den letzteren handeln soll, nicht beigepflichtet werden. Die Zession besteht in der Abtretung einer Forderung mittelst der Ueber-

---

[269] Busch, a. a. O. S. 37; Windscheid, a. a. O., §. 316, S. 189 ff. und die Zitate in Note 13.

tragung der Ausübung derselben an einen Dritten. Durch dieselbe wird somit ein festes und unwiderrufliches Recht an der abgetretenen Forderung übertragen. Gerade der normgebende Vertragsinhalt selbst spricht jedoch nicht nur durch die Abweisung jeder kontraktlichen Beziehung zum Dritten gegen die Absicht der Versicherungsbank, der Schuldnerin, mit dem Dritten in ein bindendes Verhältniß, wenn auch nur in bedingter Weise zu treten, sondern läßt auch durch die Erwähnung der Befugniß des Versicherungsnehmers, die Police auf eine andere Person umschreiben zu lassen, jeden Anhaltspunkt für eine derartige Absicht beim Letzteren, dem Versicherungsnehmer selbst, vermissen.

Dem Inhalt des vorliegenden Versicherungsvertrages erscheint es deshalb am entsprechendsten, das Recht der dritten in der Police namentlich bezeichneten Person als eine Ermächtigung zur Erhebung der Versicherungssumme zu eigenem Vortheil aufzufassen. Zwar liegt nicht ein bloßes Inkassomandat vor, welches dem Ermächtigten nur die Befugniß, von dem Angewiesenen Zahlung zu verlangen, ertheilt. Vielmehr ist, da aus den Statuten erhellt, daß Demjenigen, zu dessen Gunsten die Police zur Todeszeit des Versicherten anerkanntermaßen lautet, das Recht auf die Geltendmachung des Versicherungsanspruches gewährt sein soll, die Ermächtigung des Dritten als eine solche zu betrachten, durch welche derselbe nicht nur den Betrag der Versicherungssumme für sich in Empfang zu nehmen, sondern auch die hiezu erforderlichen Mittel, insbesondere Klagen, in Anwendung zu bringen befugt wird. Eine derartige Ermächtigung kann nach allgemeinen Grundsätzen bis zur Erhebung, beziehungsweise bis zum Eintritt eines die Revokation ausschließenden Umstandes wieder zurückgezogen werden. Es wird daher durch dieselbe an sich noch kein Recht auf den Dritten übertragen, sondern demselben nur ein Anrecht auf einen Vermögenserwerb gewährt, dessen Realisirung durch die

Fortdauer des Willens des Promissars, welcher sich die Leistung zu Gunsten des Dritten hat versprechen lassen, bedingt ist.[270] Das Klagerecht des Dritten aber ist zutreffenden Falles kein anderes, als das dem Promissar selbst aus dem Versicherungsvertrage erworbene, welches vom Ersteren nach der Praxis als eine sogenannte utilis actio zu seinem Vortheil geübt wird.[271]

Unbestrittenermaßen hat Karl W. in Betreff der von der Versicherungsbank auf den Fall seines Todes geleisteten Zusage, an den Paul W. als den rechtmäßigen Inhaber der Police zahlen zu wollen, eine Aenderung nicht getroffen. Da somit diejenige Person, welcher statutenmäßig eine anderweite Disposition zustand, ohne eine solche getroffen zu haben, weggefallen ist, so fragt sich, ob nicht hiedurch das bisher unvollkommene Recht des Sohnes zu einem vollkommenen, unwiderruflichen geworden ist und Paul W. einen festen, klagbaren Anspruch auf die Versicherungssumme mit Ausschluß jedes Dritten erlangt hat.

Diese Frage ist jedoch im vorliegenden Falle zu verneinen. Ein Blick auf das Rechtsverhältniß des Sohnes zum Versicherungsnehmer, dem Vater, ergibt, daß der Handlungsweise des Letzteren, durch welchen er jenem eine Leistung aus dem von ihm geschlossenen Versicherungsvertrage zuwenden wollte, der Charakter einer Liberalität inwohnt, der Grund der Zuwendung somit kein anderer, als der der väterlichen Liberalität ist, indem, wenn auch die Rücksicht auf die Alimentation und das Fortkommen des Kindes ein bestimmendes Moment für den Vater zur Eingehung des Versicherungsvertrages gebildet haben mag, doch dessen Abschluß nicht lediglich als ein durch die Alimentationspflicht des Vaters gegenüber dem Kinde gebotener Akt, nicht als eine zur Erfüllung dieser Pflicht erforderte Leistung betrachtet werden kann.

---

[270] Vergl. auch **Bähr** a. a. O., S. 146.

[271] **Bähr**, a. a. O., S. 147; **Busch** a. a. O., S. 135.

Von Seiten der Gläubiger des Karl W. wird nun in dieser Beziehung geltend gemacht, daß es der Zuwendung an den Sohn nicht nur an der im 18. Titel des II. Buches des Landrechtes für Schenkungen unter Lebenden im Betrage der Versicherungssumme vorgeschriebenen Insinuation, sowie an der Acceptation der Schenkung Seitens des Beschenkten mangele, sondern daß auch die für die Giltigkeit einer Schenkung von Todeswegen im 19. Titel des Landrechtes a. a. O. bestimmten Förmlichkeiten nicht beobachtet seien.

Nun leidet zwar, ganz abgesehen davon, daß in Gemäßheit des Landrechtes, Thl. III, Tit. 18, §. 3, für Schenkungen des Vaters an sein einziges Kind Insinuation ebensowenig als für Schenkungen an mehrere Kinder von gleichem Betrage erforderlich erscheint [272] und nach §. 8 eod. die Schenkung des Vaters an das Hauskind mit dem Tode des Ersteren von selbst kräftig wird, der Gesichtspunkt einer Schenkung unter Lebenden überhaupt keine Anwendung. Da nämlich nach den Umständen des vorliegenden Falles die Giltigkeit der Schenkung vom Tode des Schenkers und dem Ueberleben des Bedachten abhängig erscheint, so nimmt die Ueberweisung der an den Tod des Versicherten angeknüpften Leistung der Versicherungsbank den Charakter einer Zuwendung von Todeswegen von Seiten des Vaters an den Sohn, zu Gunsten dessen die Police gestellt ist, an. [273] Die mit dem Tode des versicherten Vaters eintretende vertragsmäßige Verpflichtung der Versicherungsbank zur Zahlung der Versicherungssumme an den in der Police genannten Sohn

---

[272] Entsch. des Obertribunals vom 13. April 1834 in der Appellationssache H. c. D.; vom 8./10. Juli 1862 in der Appellationssache J. c. A.; vom 24. Januar 1868 in der Appellationssache B. c. M.; vom 7. Juli 1870 in der Appellationssache E. c. F.

[273] Savigny, System, Bd. IV, S. 241; Busch, a. a. O., S. 30 unten; Bähr, a. a. O., S. 142.

stellt sich somit im Verhältniß des Vaters zum Sohne als eine Zuwendung auf den Fall des Todes des Ersteren dar. Für deren Giltigkeit ist aber nach der Vorschrift des Landrechtes, Thl. II, Tit. 19, die Anwesenheit zweier Zeugen nothwendig. Da nun diese wesentliche Form nicht beobachtet worden, so ist dem Paul W. ein giltiger und wirksamer Anspruch auf die aus dem Versicherungsvertrage vom 3. Dez. 1858 von der Versicherungsbank geschuldete und ausbezahlte Summe nicht erwachsen. Wenn hiegegen darauf sich berufen wird, daß nur die einzelnen, halbjährlich vom Versicherten an die Bank bezahlten Prämien im Belaufe von je 116 fl. 13 kr. als der Gegenstand wiederholter Schenkungen betrachtet werden können, zu deren Giltigkeit, als unter Lebenden erfolgt, es einer Form nicht bedurft habe, so vermag dieses Vorbringen nicht für begründet erkannt zu werden. Denn die einzelnen Prämienzahlungen sind lediglich zur Wahrung des dem Versicherten unter der Bedingung ihrer Fortentrichtung erworbenen Anspruchs auf die Versicherungssumme geleistet worden, und nur die letztere selbst, als das Produkt der einzelnen statutenmäßigen Leistungen, über welchen dem Versicherten die freie Disposition bis zu seinem Tode vorbehalten blieb, ist als das dem Sohne zufolge der väterlichen Liberalität überwiesene Objekt zu betrachten.

Dieß die Entscheidungsgründe des Richters zweiter Instanz. Sie haben zu ihrem Ausgangspunkte die auf das römische Recht gestützte Meinung, in welcher freilich auch die heutige Jurisprudenz noch vielfach befangen *ist*, daß Verträge ihrem Wesen nach nur unter den Kontrahenten unmittelbare Wirkungen erzeugen können und Verträge zu Gunsten Dritter daher und die Begründung eines unmittelbaren und selbstständigen Rechtes des Dritten durch dieselben eine logische und rechtliche Unmöglichkeit seien.[274]

---

[274] Vergl. hiegegen auch Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allg. deutschen Obligationenrechtes, Bd. I, S. 662 ff.

Es hat diese Meinung ihren Grund in unserer Abhängigkeit von dem römischen Rechte und in der Befangenheit, der wir uns noch immer dem corpus juris gegenüber befinden. Denn Angesichts der thatsächlichen Anerkennung, welche sich die Verträge zu Gunsten Dritter im Verkehrsleben überall errungen haben, ist jene Meinung nur möglich und erklärlich, wenn man sich an die reine Interpretation des corpus juris hält und bindet und, als ob das Recht seit den Zeiten der Römer stille gestanden und die Rechtsanschauungen und Rechtsüberzeugungen dieselben geblieben, davon ausgeht, daß, was nicht im corpus juris stehe, auch kein giltiger Rechtssatz sein könne. Es liegt darin eine Verläugnung der deutschen Rechtsentwickelung und der rechtserzeugenden Kraft des Verkehrslebens, als der ewig lebendigen Rechtsquelle, welche die römischen Juristen, wenn sie an unserer Stelle ständen, wohl am wenigsten verstehen würden. Denn die klassischen Juristen haben ihre Rechtsprinzipien aus dem Leben und seinen wirthschaftlichen Bedürfnissen, aus den im Volke lebenden nationalen Ueberzeugungen und ethischen Anschauungen geschöpft und ihr Streben war wesentlich darauf gerichtet, das Recht mit den Forderungen des Lebens im Einklang zu erhalten. Denn nur das, was den wirthschaftlichen Bedürfnissen und den im Volke lebenden nationalen und ethischen Anschauungen und Ueberzeugungen entspricht, ist in Wahrheit Recht, was damit im Widerspruche steht, ist eitle Willkühr. Die Jurisprudenz, welche dieß verkennen wollte, würde den Namen einer Wissenschaft nicht mehr verdienen, und die Gerichte, welche in der bloßen Interpretation des corpus juris ihre Hauptaufgabe erblicken wollten, würden einen hochwichtigen und schönen Theil ihrer Aufgabe verkennen, der darin besteht, durch ihre Aussprüche Dasjenige, was im Rechts- und Verkehrsleben auf Grund der heutigen Bedürfnisse und Anschauungen als Recht erkannt ist, in ihren Rechtssprüchen zum entsprechenden Ausdruck zu bringen. Wir dürfen, um mit

Unger zu reden, die rezipirten Regeln des corpus juris nicht wie eine todte Masse betrachten, die keines inneren Wachsthumes mehr fähig ist. Wir müssen vielmehr vor Augen haben, daß das Recht im steten Fluße, im ewigen Werden begriffen ist, daß es fortwährend Neues erzeugt und Altes abstößt. Heutiges römisches Recht ist daher das justinianische nur, wenn es angepaßt ist den Bedürfnissen unserer Zeit, wenn es mit unserem modernen Rechtsgefühl und unseren gegenwärtigen Rechtsüberzeugungen in Einklang gebracht ist. Unseren Rechtsüberzeugungen und unserem Rechtsgefühl entspricht aber die volle Wirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter, sie ist, wie Unger in seiner trefflichen Abhandlung über die Verträge zu Gunsten Dritter überzeugend dargelegt hat,[275] ein Postulat unserer ethischen Begriffe.

Bei den Römern galt die ethische Anschauung, daß unter Lebenden Jeder für sich selbst sorgen solle. Ein Ausfluß dieser Auffassung war die Regel des römischen Rechtes, wonach die unmittelbare Beschaffung eines Rechtes für einen Dritten um seiner selbst willen, lediglich in dessen Interesse, unter Lebenden unmöglich war. Nur durch letztwillige Verfügungen konnte der Regel nach einem Dritten ein Vermögenstheil auf den Todesfall zugewendet werden, und nur ausnahmsweise war diese auf den Todesfall zugelassene liebevolle Fürsorge für Andere auch für einzelne Fälle von Verfügungen unter Lebenden gestattet.

Unsere heutigen ethischen Begriffe und Anschauungen stehen der ethischen Auffassung der Römer direkt entgegen. Unserer ethischen Auffassung entspricht es, die liebevolle Fürsorge für Andere nicht blos in dem letzten Willensakte unseres Lebens, sondern schon bei Lebzeiten zu bethätigen, an fremdem Schicksale den lebhaftesten Antheil zu nehmen,

---

[275] In Ihering's Jahrbüchern, Bd. X, S. 1 ff. — Daß der von Unger gemachte Gesetzesvorschlag den Bedürfnissen vollkommen genügen würde, möchte sich jedoch bezweifeln lassen.

das fremde Interesse zu unserem eigenen zu machen und gleich dem unserigen wahrzunehmen und für Andere, wie für uns selbst, zu sorgen. Der erfolgreichen Realisirung dieses Sittlichkeitsgebotes darf das Recht, als Ausdruck und Wächter der Ethik, nicht hindernd in den Weg treten. Eine nothwendige Folge der veränderten ethischen Auffassung ist daher die prinzipielle Giltigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter, deren Unwirksamkeit im römischen Rechte nicht eine Konsequenz der juristischen Logik, sondern ein Produkt der nationalen Ethik war, und die Aufgabe der Theorie wie der Rechtsprechung ist es daher, die unbedingte Wirksamkeit jener Verträge, welche für die wirthschaftlichen Bedürfnisse der Gegenwart als unentbehrlich erscheinen, als ein Produkt der heutigen Rechtsüberzeugung anzuerkennen und ihre juristische Behandlung aus den im römischen Rechte aufgestellten Rechtsprinzipien — nach den Worten Ihering's „durch das römische Recht über dasselbe hinaus" — abzuleiten. Wie das Legat die einseitige, so ist der Vertrag zu Gunsten Dritter die zweiseitige unmittelbare Beschaffung eines Forderungsrechtes für einen Dritten, und es fehlt an einem inneren Grunde, welcher die Anerkennung dieser Wirkung der Verträge zu Gunsten Dritter verbieten könnte. Im Verkehre ist deren unbedingte und volle Wirksamkeit auch längst anerkannt, wie die vielen verschiedenartigen Verträge zu Gunsten Dritter darthun, welche fortwährend geschlossen werden und in unbeanstandeter Wirksamkeit stehen. Insbesondere gilt dieß auch von den Lebensversicherungsverträgen zu Gunsten Dritter, in welchen der Verkehr die entsprechende Form geschaffen hat, um ein auf der moralischen Grundlage der liebevollen Fürsorge für die Seinigen beruhendes, der Volkswohlfahrt förderliches wirthschaftliches Ziel der Sicherung der Existenz der Angehörigen des Versicherungsnehmers durch Verschaffung einer nach dessen Tod an Jene zu bezahlenden Summe zu erreichen. Sache der Gerichte ist es nun, den Anspruch des versicherten Dritten auf die Ver-

sicherungssumme als einen ihm unmittelbar durch den Versicherungsvertrag erworbenen auch in der Rechtsprechung anzuerkennen und zu schützen und dadurch die im Volke lebende Rechtsüberzeugung zum Ausdruck zu bringen.

Dem entsprechend hat das Obertribunal in der oben mitgetheilten Rechtssache entschieden und es erübrigt nur noch, dessen Entscheidungsgründe in Folgendem mitzutheilen:

Es liegt der in §. 33, Ziff. 3 der Statuten der (Lübecker) Lebensversicherungsgesellschaft angeführte Fall vor, daß die Police zu Gunsten einer dritten in der Police namentlich bezeichneten Person (des Sohnes Paul) gestellt ist.

Für diesen Fall ist in §. 33, Ziff. 3 der Statuten bestimmt:

„Während Lebzeiten des Versicherten (Versicherungsnehmers) tritt die Gesellschaft zu solchen dritten Personen in kein kontraktliches Verhältniß, so daß dieselben nicht berechtigt sind, die Police an Andere zu übertragen; vielmehr kann die Gesellschaft, ohne sich denselben verantwortlich zu machen, auf den Antrag Desjenigen, mit welchem sie den Versicherungsvertrag abschloß, die Police auf eine andere, als die ursprünglich bezeichnete Person ohne Weiteres umschreiben. Andererseits ist dagegen die Uebertragung der Police nicht eher noch anders giltig, als nachdem dieselbe von der Direktion durch ausdrückliche Bescheinigung anerkannt ist. — Im Todesfalle des Versicherten zahlt die Gesellschaft demnach auch nur an diejenige Person, zu deren Gunsten die Police derzeit anerkanntermaßen lautet, und an deren Rechtsnachfolger nur dann, wenn dieselbe den Versicherten überlebt hat. — Hat sie ihn nicht überlebt, so zahlt die Gesellschaft im Todesfalle des Versicherten an „den Antragsteller, beziehungsweise die Rechtsnachfolger desselben."

Aus diesen Bestimmungen der Statuten ergibt sich, daß „das Stellen der Police zu Gunsten dritter in der Police namentlich bezeichneten Personen" diejenige Versicherungsform ist, in welcher nach den Statuten der Ge-

sellschaft Versicherungen des eigenen Lebens zu Gunsten eines bestimmten Dritten zugelassen werden und zwar soll durch die Art und Weise, wie diese Versicherungsform in den Statuten geregelt ist, Demjenigen, welcher sein Leben zu Gunsten eines bestimmten Dritten versichern will, es möglich gemacht sein, dies so zu thun, daß die Zuwendung des Forderungsrechtes an den Dritten nicht nur durch das Ueberleben des Dritten bedingt ist, sondern auch von dem Versicherungsnehmer bis zu seinem Tode widerrufen werden kann. Zu diesem Behufe übernimmt die Gesellschaft die Verpflichtung, die auf den Tod des Versicherungsnehmers zu leistende Versicherungssumme in dem Falle, wenn der Dritte jenen überlebt, nicht an die Rechtsnachfolger des Versicherungsnehmers, sondern (unter Ausschluß dieser) nur an den Dritten, beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger zu bezahlen; die vertragsmäßige Gegenleistung der Gesellschaft besteht also, wenn der Dritte den Versicherungsnehmer überlebt, wesentlich in einer Leistung an den Dritten. Dem Versicherungsnehmer bleibt aber, so lange er lebt, das Recht vorbehalten, die Gesellschaft von der Verpflichtung zur Leistung an den in der Police ursprünglich bezeichneten Dritten dadurch zu entbinden, daß er die Police durch die Direktion der Gesellschaft auf eine andere von ihm bezeichnete Person umschreiben läßt.

Daß das Stellen der Police zu Gunsten Dritter in derselben namentlich bezeichneter Personen dazu bestimmt ist, dem Dritten nicht eine bloße Legitimation zur Zahlungserhebung zu ertheilen, sondern ihm das Forderungsrecht selbst zu verschaffen, ist auch in dem für diese Versicherungsform eingeführten Formulare der Police deutlich ausgedrückt, insofern hier gesagt ist: daß die Gesellschaft sich verpflichtet, an den Dritten als rechtmäßigen Inhaber der Police die Versicherungssumme auszuzahlen.

Hiernach muß der vorliegende, in dieser Form abgeschlossene Versicherungsvertrag als ein solcher Vertrag aufgefaßt werden, durch welchen dem in der Police genannten

Dritten (dem Paul W.) unter den statutenmäßigen Voraussetzungen ein selbstständiges und ausschließliches Recht auf die Versicherungssumme verschafft werden wollte.

Es wäre auch ganz unerklärt, was den Karl W. bewogen haben sollte, die Police auf den Namen seines damals erst dreijährigen Sohnes stellen zu lassen, wenn er nicht die Absicht gehabt hätte, demselben dadurch das Forderungsrecht selbst zu verschaffen.

Der Geschäftsverkehr der Lebensversicherungsgesellschaften und anderer verwandter Anstalten (z. B. der Wittwenkassen), deren Geschäft vorzugsweise oder ausschließlich in Verträgen zu Gunsten dritter Personen besteht, hat die volle Wirksamkeit der Vertragsschließung zu Gunsten Dritter zur wesentlichen Voraussetzung, und es ist ein allgemein anerkannter Satz, daß dem Dritten in dessen Interesse der Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen wurde und welcher daher der wirklich Versicherte ist, aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage unmittelbar ein selbstständiger Anspruch auf die Versicherungssumme gegen den Versicherer (die Versicherungsgesellschaft) erwächst.

Zur Erwerbung dieses Anspruches ist für den Dritten sein Beitritt zu dem Vertrage oder ein von seiner Seite hinzukommender besonderer Acceptations- oder Genehmigungsakt nicht erforderlich. Sein Recht wird durch den Vertrag von selbst und unmittelbar begründet, nur ist es in der Regel nach der Absicht der Kontrahenten bis zum Tode des Promissars ein widerrufliches.[276]

Mit dem Abschlusse des Versicherungsvertrages war daher dem Paul W. zwar noch kein festes Recht erworben;

---

[276] Vergl. Gerber, deutsches Privatrecht, (9. Aufl.) §. 192, Note 9; Unger in Gerber und Jhering, Jahrb., Bd. X, S. 83—85; Pfeiffer in der Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. IX, S. 474—480, 486; Endemann, Handelsrecht, (2. Aufl.) §. 176, Note 7, 12 und §. 91, Note 8; Förster, gemeines preuß. Privatrecht, Bd. II, S. 404, Note 11 und Bd. I, S. 405, Note 5, S. 408.

allein mit dem Abschlusse des Vertrages war das Rechtsverhältniß begründet, kraft dessen die Versicherungsgesellschaft, die Erfüllung des Vertrages von Seiten des Karl W. vorausgesetzt, zur künftigen Leistung der Versicherungssumme, und zwar für den Fall, daß Paul W. seinen Vater überleben und ein Umschreiben der Police bis zum Tode des Vaters nicht stattgefunden haben würde, zur Leistung an Paul W. verpflichtet war, und nachdem mit dem Tode des Vaters jene Voraussetzungen eingetreten waren, war das bis dahin bedingte und widerrufliche Recht des Paul W. ein unbedingtes und unwiderrufliches geworden, und dieser stand nun kraft des zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrages, von selbst und ohne weiteres Zuthun, als der zur Erhebung der Versicherungssumme berechtigte Gläubiger der Versicherungsgesellschaft gegenüber.

Die Auffassung, daß hier eine Schenkung von Seiten des Vaters an den Sohn, und zwar eine Schenkung von Todeswegen, vorliege, als deren Gegenstand der dem Sohne verschaffte Anspruch auf die Versicherungssumme zu betrachten sei, kann nicht für richtig erkannt werden, weil es an dem zum Begriffe der Schenkung wesentlichen Merkmal der Veräußerung fehlt. [277]

Durch den vom Vater zu Gunsten des Sohnes abgeschlossenen Versicherungsvertrag ist zwar der Sohn um den Betrag der Versicherungssumme bereichert; aber diese Bereicherung des Sohnes ist eingetreten, ohne daß dadurch das Vermögen des Vaters in entsprechendem Betrage vermindert worden wäre. Der durch den Versicherungsvertrag erworbene Anspruch auf die Versicherungssumme ist niemals ein Bestandtheil des Vermögens des Vaters gewesen

---

[277] Vergl. **Goldschmidt**, Zeitschr., Bd. XII, S. 182 ff. 186 f., 562; **Seuffert**, Archiv, Bd. XII, Nr. 167; Bd. XX, Nro. 35: **Unger** in Gerber und Jherings Jahrb., Bd. X, S. 83, Note 109; **Bluntschli**, privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Bd. III, S. 596.

Person, sondern es ist eine von den Kontrahenten vorgenommene Abänderung des Versicherungsvertrages. Der Versicherungsvertrag wird abgeändert, insofern an die Stelle des durch den Vertrag ursprünglich als Gläubiger berufenen Dritten eine andere Person gesetzt wird, in welchem Falle es dann gerade so anzusehen ist, wie wenn die Police von Anfang an zu Gunsten dieser anderen Person gestellt gewesen wäre. Weil dies eine Abänderung des Vertrages selbst ist, so schreiben die Statuten mit Recht vor, daß hiezu ein vereinigter Willensakt beider Kontrahenten erforderlich sei (daß eine solche Uebertragung der Police nicht eher noch anders giltig sei, als nachdem dieselbe von der Direktion durch ausdrückliche Bescheinigung anerkannt sei), während die Uebertragungen der auf den Inhaber oder auf den rechtmäßigen Inhaber gestellten Policen, weil solche Uebertragungen Veräußerungen und keine Vertragsänderungen sind, keiner Anzeige an die Direktion bedürfen.[278] Zu einer solchen Abänderung des Vertrages sind die Kontrahenten befugt, weil das dem Dritten durch die ursprüngliche Vereinbarung bestellte Recht bis zum Tode des Versicherungsnehmers ein widerrufliches ist, und da das Interesse der Versicherungsgesellschaft durch die Veränderung der Person des Gläubigers nicht berührt wird, so legt sie einem hierauf gerichteten Antrag des Promissars kein Hinderniß in den Weg.

Eine Abänderung des Vertrages durch Umschreiben der Police hat aber im vorliegenden Falle nicht stattgefunden. Die Police blieb zu Gunsten des Sohnes gestellt und der Anspruch auf die Versicherungssumme *ist* von seiner Entstehung an eine zu dem Vermögen des Sohnes gehörende Forderung geblieben.

Hiernach kann nicht der Anspruch auf die Versicherungssumme, sondern es könnte höchstens der Betrag

[278] Vgl. Staudinger, Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrag, S. 164.

der von dem Vater bezahlten Prämien, mittelst welcher dem Sohne der Anspruch auf die Versicherungssumme erworben wurde, als Gegenstand einer Schenkung von Seiten des Vaters an den Sohn angesehen werden. Denn nur um diesen Betrag ist das Vermögen des Vaters (beziehungsweise das Vermögen der ehelichen Gesellschaft) zum Vortheile des Sohnes vermindert worden. Der vorliegende Vertrag, durch welchen der Vater sein eigenes Leben zu Gunsten seines überlebenden Sohnes versicherte, hat, nachdem der Sohn den Vater überlebt hat, in Absicht auf das Vermögen des Vaters keine weitergehende Wirkung, als diejenige, welche eingetreten wäre, wenn der Sohn einen Versicherungsvertrag auf das Leben des Vaters abgeschlossen und die hiezu erforderlichen Prämiengelder aus dem Vermögen des Vaters unentgeltlich erhalten hätte. Die Erstattung der von dem Vater bezahlten Prämiengelder ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Streites und es ist daher nicht darauf einzugehen, ob dieser die Versorgung des unmündigen Kindes nach dem Tode des Vaters bezweckende Aufwand unter den Begriff einer eigentlichen Schenkung zu stellen wäre,[279] und ob, wenn dieß der Fall wäre, ein gesetzlicher Grund zur Anfechtung dieser Schenkung vorliegen würde. Insofern aber die den gesetzlichen Vorschriften über Schenkungen entnommenen Einwendungen der Beklagten gegen das Recht des Paul W. auf die Versicherungssumme selbst gerichtet sind, waren diese Einwendungen aus den angeführten Gründen zu verwerfen.

Aus denselben Gründen entzieht sich das Recht des Paul W. auf die Versicherungssumme der Anfechtung mittelst der Paulianischen Klage. Auch der Anfechtung mit der Paulianischen Klage würden nur die von dem

---

[279] **Savigny**, System, Bd. IV, S. 83 ff.; **Seuffert**, Archiv, Bd. XII, Nro. 167, Bd. XX, Nro. 35; **Unger** in Ihering's Jahrb., Bd. X, S. 83, Note 109.

Vater geleisteten Prämienzahlungen, weil nur insoweit eine Veräußerung vorliegt, unterliegen, wenn je die übrigen Voraussetzungen der Paulianischen Klage in Absicht auf diese Zahlungen zutreffen würden.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Mai 1870 in der Appellationssache der Pflegschaft des Paul W. c. A. M. u. Gen.

66) Lebensversicherungsvertrag; Klage des Cessionars der Police; unwahre Beantwortung einer im Antragbogen enthaltenen Frage.

Die Lebensversicherungspolicen der Frankfurter Versicherungsgesellschaft Providentia enthalten nachstehende Bestimmung:

„Die Versicherung ist ungiltig und wirkungslos und alle an die Gesellschaft geleisteten Zahlungen verfallen derselben,

wenn in dem der Police zu Grunde liegenden Versicherungsantrage oder in den beigebrachten Zeugnissen irgend eine wahrheitswidrige Angabe, Verheimlichung, Sachentstellung oder Täuschung stattgefunden hat.

Wegen eines Irrthums und absichtslosen Versehens in den Antragspapieren kann, wenn dessen völlig einflußlose Unerheblichkeit von dem Police-Inhaber dargethan wird, die Versicherung nicht ungiltig erklärt werden."

Die von der Providentia bei ihren Lebensversicherungsverträgen benützten Antragbögen enthalten am Schlusse nachstehende Erklärung, die der Antragsteller zu unterzeichnen hat:

„Ich erkläre hiemit, daß die vorstehenden Angaben in allen ihren Einzelnheiten vollkommen wahrheitsgetreu sind und stimme damit überein, daß dieselben als Grundlage des zwischen mir und der versichernden Gesellschaft zu schließenden Vertrages gelten, daß daher die aus diesem Vertrage für die Providentia hervorgehenden Verbindlichkeiten als aufgehoben und erloschen betrachtet werden und die einbezahlten Summen derselben verfallen sollen, falls

in dieser Erklärung unrichtige Angaben enthalten oder Umstände verheimlicht sind, die zu wissen für die Gesellschaft nöthig ist."

Von der beträchtlichen Anzahl Fragen, welche der Antragsteller zu beantworten hat, lautet die Eine:

„Hat der zu Versichernde sich je zur Versicherung gemeldet, bei welcher Gesellschaft und wann? Wurde die Versicherung zu der gewöhnlichen Prämie angenommen oder abgelehnt?"

Auf Grund dieser Bestimmungen hat die Providentia der Klage eines Cessionars des Versicherungsnehmers auf Ausbezahlung der Versicherungspolice die Einwendung entgegengesetzt, daß die Versicherung aufgehoben und erloschen sei, weil der Versicherungsnehmer St. in seinem Antragbogen die beiden ausgehobenen Fragen dahin beantwortet habe: „Ja, vor 2 Jahren bei der Gothaer Versicherung und wurde die Versicherung zu der statutenmäßigen Prämie angenommen." Mit dieser Antwort habe der Antragsteller St. böslicher Weise verschwiegen, daß er sich kurz vor Unterzeichnung dieses Antragbogens bei der Gothaer Lebensversicherungsbank, bei der er bereits versichert gewesen, zu nochmaliger weiterer Versicherung gemeldet habe und abgewiesen worden sei, und zwar aus dem Grunde ungünstig veränderter Gesundheitsverhältnisse, was demselben unter Angabe dieses Grundes eröffnet worden sei.

Das Oberhandelsgericht hat sich hierüber folgendermaßen ausgesprochen:

Ein Gesetz, das die bei dem Versicherungsgeschäft vorkommenden Rechtsverhältnisse regelt, besteht zur Zeit nicht. Die Rechtsgrundsätze, wie sie in die vorliegenden Gesetzes-Entwürfe aufgenommen sind,[380] und diejenigen,

---

[380] Vgl. auch Handelsgesetzbuch, Art. 810—813, deren analoge Anwendung nicht zu beanstanden sein wird. Vergl. Kübel in Malß, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Bd. I, S. 339 f.

welche von der Doktrin als die maßgebenden bezeichnet werden, sind weiter Nichts, als eine Abstraktion aus den Bestimmungen, welche die verschiedenen Gesellschaftsstatuten enthalten. Daraus folgt, daß das Rechtsverhältniß zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer im einzelnen Streitfalle einzig nach den statutarischen Bestimmungen zu beurtheilen ist, auf deren Grund der Versicherungsvertrag eingegangen wurde. [281]

Aus diesen Bestimmungen ergibt sich aber im vorliegenden Falle, daß einmal auf Grund jeder absichtlichen oder unabsichtlichen „wahrheitswidrigen Angabe“ in dem Antragebogen der Vertrag für ungiltig erklärt werden kann, daß ferner zunächst jede der nach dem Antragbogen zu beantwortenden Fragen für erheblich angesehen werden muß, und daß endlich der Beweis der Unerheblichkeit einer irrigen Angabe dem Versicherungsnehmer obliegt.

Es folgt dieß aus dem Wortlaute der Ziff. 2 der Policebestimmungen, wo der wahrheitswidrigen Angabe der „Irrthum und das absichtslose Versehen“ gleichgestellt werden, und jene auch nur unter der Voraussetzung des Beweises ihrer Einflußlosigkeit nicht schädlich wirken sollen, sodann insbesondere aus der Erklärung am Schluße des Antragbogens, wornach die auf demselben gemachten Angaben in allen ihren Einzelheiten als Grundlagen des abzuschließenden Vertrages gelten sollen, so daß die Verbindlichkeit der Versicherer aufgehoben sein soll, falls die Erklärung unrichtige Angaben enthalte. Die einschränkenden Worte in dem Schlußsatze dieser Erklärung, „die zu wissen für die Gesellschaft nöthig ist,“ können sich (grammatikalisch) nur auf die unmittelbar zuvor erwähnten „verheimlichten Umstände,“ nicht aber auf die „unrichtigen

---

[281] Vergl. Kübel a. a. O., Bd. II, S. 7 ff., §. 15; und Wolff ebendaselbst Bd. II, S. 346.

Angaben" beziehen, so daß diese Worte nicht gegen die gegebene Auslegung sprechen.

An dieser Auffassung kann die Erwägung Nichts ändern, daß der Beweis der einflußlosen Unerheblichkeit einer gemachten Angabe regelmäßig ein sehr schwieriger sein wird und daß die Gefahr eines Versehens bei einer so großen Zahl in's Einzelne gehender Fragen, die beantwortet werden sollen, eine sehr große ist. Diese Erwägungen könnten nur dahin führen, einen Vertrag unter so ungünstigen Bedingungen nicht einzugehen, nicht aber dahin, dessen Bestimmungen, nachdem auf Grund derselben kontrahirt worden, eine andere Deutung zu geben, wobei übrigens darauf hingewiesen werden mag, daß der Gefahr einer unabsichtlich unrichtigen Angabe durch die Erklärung, daß man sich dieses oder jenes Umstandes, auf den eine Frage gerichtet ist, nicht erinnere, leicht begegnet werden kann.

Der Einwand des Klägers, daß nach einer Nachversicherung gar nicht gefragt worden sei, ist nicht stichhaltig. Denn, wenn es auch richtig sein mag, daß einzelne Gesellschaften eine spezielle Frage hierauf stellen, so ist hierin eben eine ganz besondere Vorsicht zu erkennen. Sprachlich fällt eine Nachversicherung — d. h. die Versicherung eines Lebens, auf welches eine Versicherung bereits besteht, unter den allgemeinen Begriff einer Versicherung, die rechtliche Beurtheilung beider Versicherungsarten ist dieselbe, und daß der Grund der Nachfrage nach beiden Versicherungsarten zum mindesten ein gleich nahe liegender ist, muß sich dem Aussteller des Antragbogens mit Nothwendigkeit aufdringen.

Der von dem Kläger angeregte Zweifel, ob die erhobene Einwendung dem Cessionar, beziehungsweise Faustpfandgläubiger des ursprünglichen Versicherungsnehmers, entgegengehalten werden könne, ist nicht stichhaltig. — Denn wenn man die Versicherungspolice mit Bluntschli [282] auch

---

[282] Deutsches Privatrecht, S. 392, Ziff. 8.

ein Werthpapier nennen will, so ist sie damit noch nicht als Inhaberpapier von selbst und ohne Weiteres zu betrachten.[283] und auf Letzteres nur könnte der angeregte Zweifel zutreffen. Dadurch, daß die Ausbezahlung der Versicherungssumme an den Inhaber der Police zugesagt wird, wird dieselbe noch nicht zum Inhaberpapier im rechtlichen Sinne.[284]

Daß Letzteres hier der Fall sei, wäre von dem Kläger zu behaupten und näher thatsächlich zu begründen gewesen.

Den ihnen obliegenden Gegenbeweis der einflußlosen Unerheblichkeit der behaupteten unrichtigen Angaben haben die Kläger nicht erbracht, wobei nur darauf hinzuweisen ist, daß damit nicht die Einflußlosigkeit des verschwiegen gebliebenen Umstandes auf den Tod des Versicherten, sondern auf den Entschluß des Versicherers, die Versicherung einzugehen, gemeint sein kann.

Unerheblich ist außer der behaupteten Absichtlichkeit der Verschweigung die weitere Behauptung, daß St. von den Gründen seiner Abweisung in Gotha in Kenntniß gesetzt worden sei. Denn diese Gründe pflegen aus naheliegenden Motiven dem Antragsteller nicht mitgetheilt zu werden; Letzterer durfte die Thatsache der Abweisung, auch wenn er deren Grund nicht kannte, nicht verschweigen.

Unerheblich ist es endlich, ob es allgemein üblich ist, auch bei Versicherungsgesellschaften, wo ein Versicherungsuchender bereits versichert sei, sich näher nach ihm zu erkundigen, weil die Unterlassung einer derartigen Erkundigung, selbst wenn sie üblich sein sollte, da sie jedenfalls nicht statutenmäßig vorgeschrieben ist, unter allen Umständen keine grobe Fahrlässigkeit begründen würde.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 26. Januar 1869 in Sachen Providentia gegen die Erben des Phil. Dr. K. in St.

---

[283] Bluntschli, a. a. O., §. 116.

[284] Staudinger, die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrag, S. 160 und 174.

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

M.

N.

T.

U.

V.

W.

Z.



